Das Handelsgeschäft im Erbgang unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien der Erbenhaftung im BGB. und HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Wilhelm Böckelmann
aus Vinnen (Hannover)

Erlangen 1929

Druck von Friedr. Schmücker, Löningen i. O.

Dekan: Univ.-Prof. Dr. Eugen Locher.

Referent: Geheimer Justizrat, Univ.-Prof. Dr. Dr. Bernhard Kübler.

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juli 1929

Meinen
lieben Eltern gewidmet.

Literaturverzeichnis

Adler, Beiträge zum Firmenrecht. In Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht Bd. 85, 1921.

Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 4, S. 499 ff.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1901—1905.

Binder, Erbrecht 1923.

Brand, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.

Bolte, Der § 27 HGB. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 51, S. 423 ff.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Boehm, Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. Gruchot Bd. 42, S. 455 ff.

Boehm, Das Erbrecht 1896.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Jena 1904.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5. Tübingen 1912.

Denkschrift zum bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5. Halle 1905.

Domke, Die Veräußerung von Handelsgeschäften. In Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Bd. 35. Marburg 1922.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim 1908.

Eccius, Haftung der Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruchots Beiträge, Bd. 43, S. 603 ff.

Echarti, Die vorläufige und endgültige Fortführung eines ererbten Handelsgeschäftes. Leipziger Zeitschrift 1913, S. 664 ff.

Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1876.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3. Berlin 1919.

Enneccerus, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht. Marburg 1928.

Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Berlin 1896.

Etscheit, Das Problem der Erbenhaftung nach Reichsrecht. Diss. Rostock 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen und des Reichsoberhandelsgericht.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (R. J. A.)

Ewinger, Vererbung eines Handelsgeschäfts auf eine Mehrheit von Erben. Diss. Würzburg 1912.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Gareis, Handelsgesetzbuch. München 1909.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, Festschrift für v. Martitz. Berlin 1911.

Goldmann, Eduard, Ist nach den Bestimmungen des BGB. die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich eine beschränkte oder unbeschränkte? Gruchot Bd. 43, S. 428 ff.

Goldmann, Eduard, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1901—06.

Goldmann, Eduard, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43.

Goldmann, Samuel, in der Festschrift für Wilke, Berlin 1900, S. 119 ff.

Goldschmit, Handelsgesetzbuch, Handkommentar, München 1929.

Hagen in Iherings Jahrbücher Bd. 42, S. 57 ff.

Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs, Berlin 1918.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Berlin 1906.

Kretzschmar, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (Lobes Zentralblatt) Bd. 17.

Leonhard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Erbrecht, 2. Aufl. Berlin 1912.

Lessing, Begriff und Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Recht. Berlin 1913.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1914.

Lion, Der Uebergang des einzelkaufmännischen Geschäfts, L. Z. 1925, S. 842.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1908.

Mathiesen, Die Schuldhaftung des Erben nach § 27 HGB. Diss. Leipzig 1908.

Meyer, Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 70, S. 79 ff.

Mommsen, Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts. Buschs Archiv, Bd. 32, S. 201 ff.

Moos, „Haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt?" Diss. Würzburg 1925.

Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5, Berlin und Leipzig 1888.

Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nicolini, Die Haftung des Erben für Handelsschulden nach § 27 HGB. Diss. Leipzig 1910.

Oppikofer, Das Unternehmensrecht, 1927.

Pinner, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien für die Erbenhaftung im BGB und HGB. Diss. Rostock 1904.

Pisko, Das kaufmännische Unternehmen, in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 2, S. 195—462. Leipzig 1918.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch V, 8. Auflage. Berlin 1923.

Planck, Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1899, S. 365 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 5.

Regelsberger, Haftung des Firmeninhabers für Verbindlichkeiten usw. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14, S. 1—32.

Renkert, Die Schuldenhaftung des Erben eines Handelsgeschäftes. Diss. Heidelberg 1911.

Reichsgerichtsräte Kommentar, Bd. 5. Leipzig 1928.

Riesenfeld, Die Erbenhaftung. Berlin 1916, Bd. 1.

Schulze, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB. Diss. Leipzig 1913.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. München 1911. 11. Auflage.

Siegismund, Die Haftung des Erben für die Handelsschulden (§ 27 des Handelsgesetzbuches). Diss. Leipzig 1910.

Staub, Kommentar zum HGB., 12. u. 13. Auflage. Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Bd. München, Berlin und Leipzig 1928.

Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes, Leipzig 1903. Rostocker Diss. in „Rostocker rechtswissenschaftliche Studien" Bd. 1, Heft 3. Leipzig 1902.

Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Auflage. Berlin 1904.

Thiele, Die Haftung des Erben nach § 27 HGB. Diss. Leipzig 1914.

Wendt, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten, im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 86, S. 353 ff.

Zwade, Handelsrechtliche Besonderheiten der Erbenhaftung. Diss. München 1919.

Einleitung

§ 1. Begriff des Wortes „Handelsgeschäft".

Betrachtet man die tatsächlichen Gestaltungen des Geschäftslebens, so tritt einem in der kaufmännischen Unternehmung eine Vereinigung ganz verschiedenartiger Elemente entgegen. In ihrem Wesen ist sie 1) „ein Komplex nicht nur der für den Handel bestimmten Produktionsmittel, sondern zugleich der in ihr tätigen Kapital- und Arbeitskräfte". Die in der kaufmännischen Unternehmung, dem Handelsgeschäft, verkörperten Vermögensbestandteile, werden durch die Organisation belebt und in engere Beziehung zueinander gesetzt. Während Personen und einzelne Dinge ersetzt werden können, ist der Aufbau, der Zusammenhang das Wesentliche. So erscheint das Handelsgeschäft auch als ein selbständiges Verkehrswesen, das einen gewissen 2) „objektiven Bestand" aufweist. Diese Auffassung wird auch von der Kaufmannswelt angenommen und äußert sich in alltäglichen Ausdrücken wie z. B. „ein gutgehendes Geschäft". 3)

Diese wirtschaftliche Einheit, die in dem Handelsgeschäft verkörpert ist, bildet keinen juristisch eng umgrenzten Begriff, der in jedem Falle die Verschiedenartigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse umfassen und ihr gerecht werden könnte. Deshalb findet man weder im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch und im neuen HGB., noch in den Gesetzgebungen anderer Länder, die sich mit den Rechtsfragen des Handelsgeschäfts befaßt haben, eine Definition des Begriffes „Handelsgeschäft". Die Festlegung dieses Begriffes ist mit vollem Rechte unterblieben, denn in unserem Zeitalter, das, wie keins zuvor, im Zeichen des Fortschritts steht, würde sich eine Definition bei dem im kaufmännischen Leben sich rasch vollziehenden Wechsel der Verkehrsauffassungen alsbald als nicht zutreffend erweisen. Der Wissenschaft ist es somit überlassen, diesen Begriff entsprechend der jeweils geltenden Verkehrsauffassung festzulegen, und die Gerichte haben von Fall zu Fall zu entscheiden, was alles dazu gehört bezw. nicht dazu gehört.

---

1) Endemann, S. 54.

2) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 457.

3) Domke, S. 12.
Vgl. auch Oppikofer, das Unternehmensrecht, 1927.

Das Wort Handelsgeschäft findet eine Definition im § 343 HGB., der lautet: „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören“.

Hier hat man also unter Handelsgeschäft das einzelne vom Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossene Geschäft zu verstehen. Z. B. Kauf oder Verkauf. Daß diese Definition hier nicht in Betracht kommt, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

Ueber den Begriff Handelsgeschäft (im 1. Buch des H.G.B.) ist schon zu allen Zeiten lebhaft gestritten worden. Ansichten, die das Handelsgeschäft für eine juristische Person hielten, 4) andere, die von einer „kaufmännischen Persönlichkeit“ sprechen, sind als unhaltbar bald aufgegeben worden, und es erübrigt sich, darauf näher einzugehen. Heute hat sich der Streit fast ausschließlich auf zwei Meinungen konzentriert, die einesteils von Regelsberger und ihm folgend von Binder, anderenteils von Behrend vertreten werden.

Zur leichteren Beurteilung stellen wir diese Ansichten zunächst gegenüber. Behrend 5) sagt: „Die Worte Handelsgeschäft oder Geschäft bezeichnen außer dem einzelnen Rechtsgeschäft die gewerbliche Tätigkeit des Kaufmanns in ihrer Gesamtheit und hiervon abgeleitet, einen sowohl die Gegenstände dieser Tätigkeit wie die Beziehungen und Verhältnisse, in denen dieselbe zu Tage tritt, umfassenden Inbegriff. Im letzteren Sinne ist das Geschäft gleichbedeutend mit dem Geschäfts- oder Handlungsvermögen; es ist der in dem konkreten Handelsgewerbe steckende Vermögenswert, der aus aktiven und passiven Bestandteilen zusammengesetzt ist, oder doch zusammengesetzt sein kann“. Dagegen sagt Regelsberger: 6) „Unter Handelsgeschäft versteht der Geschäftsmann nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes“. Das will sagen, die Möglichkeit, die in den Bereich des einzelnen Handelsgewerbes fallenden Rechtsgeschäfte abzuschlieißen.

Schon die Gegenüberstellung der beiden Ansichten zeigt uns, daß beide grundverschieden sind, daß die von Behrend vertretene bei weitem umfangreicher ist. Während nach Behrend das Handelsgeschäft mit dem Handelsvermögen gleichbedeutend ist, hat Regelsberger scharf unterschieden zwischen diesen beiden Begriffen und zwar mit vollem Recht, denn beide Begriffe bezeichnen etwas verschiedenes. Die begriffliche Verschiedenheit von Handelsgeschäft und Handelsvermögen ergibt sich aus § 25 HGB. Hier gehen Forderungen

---

4) Mommsen, S. 209—214.

5) Behrend, S. 202.

6) Regelsberger, Zeitschrift des gesamten Handelsrechts, Bd. 14, S. 12.

und Schulden, also Teile des Geschäftsvermögens nicht regelmäßig auf den Erwerber über, sondern der Uebergang ist an die Fortführung der Firma geknüpft. Hieraus kann man mit Binder 7) schließen, daß auch Bestandteile wie Warenvorräte, Geschäftseinrichtungen usw. nicht ohne weiteres auf den Erwerber übergehen. 8) Pisko geht auf die Scheidung zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen näher ein und sagt: „Die Gesetzgebung bezeichnet mit dem Ausdrucke „Handelsgeschäft", „Betrieb", usw. nicht nur eine Tätigkeit, sondern auch ein Rechtsobjekt. Dieses Rechtsobjekt ist nicht identisch mit dem Handels- oder Geschäftsvermögen, dem Inbegriff der mit dem Handelsbetriebe in Beziehung stehenden Aktiven." Bei dem Erwerbe eines Handelsgeschäfts kommt es nach Pisko 9) überhaupt nicht auf den Erwerb von reellen Aktiven an. Unter die entsprechenden Gesetzesbestimmungen, die den Erwerb von Handelsgeschäften regeln, fallen auch die in der Tat vorkommenden Erwerbungen von Handelsgeschäften, mit deren Betriebe keine körperlichen Sachen oder nur solche von geringem Werte in Beziehung stehen. 10) Man denke z. B. an die Veräußerung eines Zeitungsunternehmens. Hier bildet die Möglichkeit der Fortsetzung des Verlages die Hauptsache. Dabei kommt es auf die Abonnentenzahl, auf die Verwendung des Blattes für Inserate usw. usw., mit einem Worte auf die „Chancen" an, ein Begriff, der später näher erörtert wird, während dem Geschäftsvermögen nur eine geringe Bedeutung zukommt. Regelsberger und Binder fassen das Handelsgeschäft lediglich als Tatsache auf, da sie darunter nichts anderes als die bloße Gelegenheit zum Geschäftsbetriebe oder den Geschäftsbetrieb schlechthin verstehen.

Die von Regelsberger vertretene Ansicht kann aber keinesfalls als erschöpfend angesehen werden. In einzelnen Fällen ist das Handelsvermögen sogar eine unbedingte Voraussetzung für den Betrieb eines übernommenen Handelsgeschäftes wie z. B. bei der Fabrik das Fabrikgebäude, bei der Eisenbahn der Bahnkörper und das Material. 11) Hier stehen einzelne Bestandteile des Handelsvermögens derart in Wechselwirkung mit der Gelegenheit zum Betriebe des Handelsgewerbes, daß eine Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgewerbes an die Uebernahme der Bestandteile gebunden ist. Die Definition Regelsberger's ist ferner zu einseitig, weil sie das Handelsgeschäft nur im Stadium der Veräußerung umfaßt. Bei der Erörterung der

7) Binder, a. a. O. S. 33.

8) Pisko, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 2, S. 196.

9) Pisko, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, S. 176.

10) Derselben Ansicht ist M. Wolff, in Berliner Festausgabe für Gierke N 14 ff. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, S. 112-113; R. G. Bd. 37, S. 177; R. G. Bd. 55, S. 125.

11) Stegemann, S. 19

Rechtsnatur muß das Handelsgeschäft aber im Stadium der Ruhe betrachtet werden. Hier aber gehören zum Handelsgeschäft außer der bloßen Gelegenheit zum Geschäftsbetriebe auch Bestandteile vom Vermögen, weil allein auf Grund des Geschäftsbetriebes ein Handelsgewerbe nicht betrieben werden kann. Ferner ist an der Ansicht Regelsberger's auszusetzen, daß auch Teile des „unsubstantiellen Geschäfts" 12) ausscheiden können, ohne daß dadurch das Handelsgeschäft entfällt. So können einzelne Teile der Fabrikgeheimnisse, der Absatz- oder Bezugsquellen ausgeschieden werden, und doch bleibt das Handelsgeschäft bestehen, wenn der Rest auch zum Betriebe ausreicht. Die Definition Regelberger's kann keinesfalls als allgemeingültige Begriffsbestimmung angesehen werden, sondern stellt das Handelsgeschäft in seiner engsten Grenze dar, bei deren Ueberschreitung der geschäftliche Organismus entfällt.

Im scharfen Gegensatze hierzu steht die Ansicht von Behrend, nach dem das Handelsgeschäft gleichbedeutend ist mit dem Handelsvermögen. Letzteres hat als Bestandteile Aktiva und Passiva. „Aktives Vermögen ist die Summe der einer Person zustehenden einzelnen Vermögensrechte zuzüglich derjenigen nutzbaren tatsächlichen Verhältnisse, welche von der Person regelmäßig für eigene Rechnung genutzt werden." Es zählen dazu zunächst die körperlichen Gegenstände, 13) „welche die Zweckbestimmung haben, den konkreten Handelsbetrieb durchzuführen", sei es, daß sie unbeweglich — Geschäftsgrundstücke —, sei es, daß sie bewegliche sind — Barmittel, Bestandteile des Warenlagers usw. —, ferner die im Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes begründeten Geschäftsforderungen, die sowohl aus Verträgen oder unerlaubten Handlungen entstanden sein können; desgleichen gehören dazu die zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörenden Persönlichkeitsrechte wie Patentrechte, Firmenrechte, Rechte auf Warenzeichen, Urheberrechte usw. und zuletzt noch die Chancen, d. h. 14) „die auf dem bisherigen Betrieb, auf die durch ihn geschaffenen Beziehungen sich stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb" — Renommé, Lage des Geschäfts, Geschäftsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen. — usw. Was die rechtliche Natur der Chancen anlangt, so wäre es verfehlt, ihnen jeglichen Rechtsschutz zu versagen und nur von rein „tatsächlichen Situationen" zu reden, wie Binder 15) es tut. Die Rechtswissenschaft kennt zwischen den subjektiven Rechten und Nicht-

---

12) Binder, S. 34.

13) Bolze, (Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von der condictio sine causa. Im Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 78, S. 422) a. a. O. S. 427.

14) Domke, S. 15; R.G. Bd. 55, S. 125.

15) Binder, S. 34, 36.

rechten noch die von Kohler 16) dogmatisch festgelegten Rechtslagen, worunter er „eine Beziehung des Rechtssubjektes zu den Lebensgütern versteht, die von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte". Mit solchen Rechtslagen haben wir es hier zu tun, denen von der Rechtsordnung auch rechtlicher Schutz zuteil wird wie z. B. durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs §§ 6, 7 u. 9. Die Chancen gehören ebenso wie die Sachen und Rechte zum Handelsvermögen.

Den passiven Bestandteil des Handelsgeschäfts bilden die im Betriebe desselben begründeten Verbindlichkeiten. Diese können einerseits aus Handelsgeschäften oder kontraktlichen Verhältnissen entstanden sein, andererseits gehören auch alle diejenigen Verpflichtungen dazu, 17) „welche mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen Verbindung stehen, daß sie als eine Folge des Geschäftsbetriebs erscheinen."

Eine Zusammenfassung dieser einzelnen Bestandteile zu einer Einheit ist nach demselben Rechte, 18) das den Bedürfnissen des modernen Rechts Rechnung trägt, möglich. Das deutsche Recht will die wirtschaftliche Einheit auch möglichst als einheitliches Rechtsgebilde behandeln, wobei aber zu bemerken ist, daß der Vermögensinbegriff noch keinen vollkommenen einheitlichen Rechtsbegriff darstellt, was daraus hervorgeht, daß jede Sache einzeln, jedes Recht nur nach den für seine Uebertragung geltenden Vorschriften übertragen werden muß. Alle vorher als möglich aufgezählten Bestandteile des Handelsvermögens kann man als Handelsgeschäft in weiterem Sinne bezeichnen. 19) Das Handelsgeschäft besteht sonach aus der Gesamtheit der zum Betriebe eines konkreten Handelsgewerbes dienenden Sachen und der im Gewerbe entstandenen Rechtsverhältnisse und tatsächlichen Beziehungen zu Dritten.

---

16) Kohler bei Dernburg, S. 349 Anm. 4.

17) K. G. Bd. 58, S. 23.

18) Das römische Recht kannte als rechtlichen Ausdruck für eine wirtschaftliche Mehrheit nur die universatis facti und die unversatis juris. Unter der letzteren, die nur in Frage kommen könnte, ist eine eine rechtliche Zusammenfassung von verschiedenen Vermögensbestandteilen, die wirtschaftlich zusammengehören, zu verstehen, doch nur in den Fällen, wo es vom Gesetze besonders geregelt ist. Dies trifft aber für das Handelsgeschäft nicht zu. Demnach bleibt nach römischem Rechte nichts anderes übrig, als das Handelsgeschäft als bloße Tatsache aufzufassen, weil es sich unter die gegebenen Rechtsbegriffe nicht unterordnen läßt.

19) Staub zu § 22 Anm.; Düringer-Hachenberg zu § 25 Anm. 2; Bolte, S. 418-19; Goldmann zu § 22 Anm. I 1; Cosack, S. 50; Makower, S. 50 u. a. m.

Alles, was zum Handelsgeschäft gehört, unterliegt der freien Disposition des Inhabers. Er kann Bestandteile aus dem Handelsgeschäfte in sein Privatvermögen überführen und umgekehrt; in seinem Belieben steht es, das Handelsvermögen zu vermehren oder zu vermindern. Erforderlich ist aber für ein Bestehenbleiben des Handelsgeschäftes, daß soviel Bestandteile des Handelsvermögens bleiben, als erforderlich sind, um den Betrieb des Handelsgewerbes fortzuführen, d. h. die „Kontinuität des Geschäftsbetriebes" 20) muß bewahrt bleiben. Welche Bestandteile dies sind, läßt sich allgemein nicht sagen, sondern ist im Einzelfall verschieden. Der Begriff Handelsgeschäft schwankt also zwischen der von Regelsberger aufgestellten Definition als Handelsgeschäft im engsten und der von Behrend vertretenen als Handelsgeschäft im weitesten Sinne.

Nachdem nunmehr die obere und untere Grenze des dehnbaren Begriffes Handelsgeschäft festgelegt sind, sollen noch die besonderen Gesichtspunkte erörtert werden, die bei der Vererbung eines Handelsgeschäftes in Frage kommen. Mit dem Tode einer Person geht dessen Vermögen auf den Erben über § 1922 BGB. War nun der Erblasser Inhaber eines Handelsgeschäftes, so geht dieses in dem Umfange auf den Erben über, den es beim Tode des Erblassers hatte; es geht also das gesamte Handelsvermögen über. Ausgenommen sind nur die Rechte höchstpersönlicher Natur, die nicht vererblich sind, wie z. B. dem Erblasser eingeräumter Nießbrauch (§ 1061 BGB.).

20) Goldmann zu § 22 Anm. I 1b. cc; Makower, S. 50 Anm. d.; Düringer-Hachenberg zu § 25 Anm. 2; R.G. Bd. 37, S. 178.

I. Teil

§ 2. Erbschaftserwerb.

Beim Tode des Erblassers bildet das Handelsgeschäft einen Teil des Nachlasses, oder mit subjektiver Beziehung auf den Erben, einen Teil der Erbschaft. Für seine Vererbung kommen deshalb in erster Linie die erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. in Frage, während das Handelsgesetzbuch ergänzend eintritt. Die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zum Nachlaß und somit auch die Vererblichkeit desselben wird von Binder bestritten. Binder sagt: 1) „Erbschaft ist ein Uebergang von Vermögen, und Vermögen ist ein Begriff nur von Rechten". Nach ihm muß aber aus dem Begriffe Handelsgeschäft jeder Vermögensbestandteil ausgeschieden werden, und es bleiben nur die „tatsächlichen Situationen". Wie aber schon vorher dargelegt, erweist sich der von Binder vertretene Begriff Handelsgeschäft als zu eng und bedarf gerade im Falle der Vererbung einer Erweiterung. Aber auch die „tatsächlichen Beziehungen" repräsentieren einen Vermögenswert und gehen nicht als reine Rechte, sondern als vererbliche Vermögenswerte auf den Erben über. Sie zählen im weiteren wirtschaftlichen Sinne zum Vermögen und sind deshalb mit dem anderen „wirklichen Vermögen" vererblich.

Einen nicht geringen Beweis für die Zugehörigkeit des Handelsgeschäftes zum Nachlaß gibt uns das Handelsgesetzbuch in § 27, der sagt: „. . . . ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft". Wollte man mit Binder die Zugehörigkeit verneinen, so müßte der § 27 HGB. dem Vermögens- und Erbschaftsbegriffe widersprechen.

Das Vermögen des Erblassers geht „als Ganzes" auf den Erben über. 2) Hieran knüpft sich die Streitfrage, ob auch die Verbindlichkeiten als Bestandteile des Vermögens auf den Erben übergehen. Daß sie übergehen, ist zweifellos, weil es das Gesetz in § 1967 ausdrücklich vorschreibt. Der Streit knüpft sich an die verschiedene Auffassung des dem § 1922 BGB. zugrunde liegenden Prinzips der Universalsuccession.

1) Binder, S. 31.
2) § 1922 BGB.

Die eine Auffassung 3) versteht unter Universalsuccession, daß der Uebergang der vererblichen Rechte des Erblassers auf Grund einer einheitlichen causa erfolgt. Nicht ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß auch die Verbindlichkeiten des Erblassers gemäß § 1922 BGB. auf den Erben übergehen. Eine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten trifft den Erben nicht, weil die Verbindlichkeiten zum hinterlassenen Vermögen gehören, sondern sie ist begründet durch § 1967 BGB.; tritt aus Gründen der Billigkeit zur Nachfrage des Erben in das Vermögen äußerlich hinzu. 4)

Die Vertreter der herrschenden Lehre 5) finden den universalen Charakter der Nachfolge besonders in der Totalität des Successionsobjektes. 6) Planck sagt: „Das Wesen der Gesamtnachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers muß dahin bestimmt werden, daß der Erbe als Gesamtnachfolger des Erblassers hinsichtlich aller von der Vererbung nicht ausgeschlossener vermögensrechtlicher Beziehungen in dessen Rechtsstellung und somit in diesem Sinne in das universum ius defuncti eintritt". Das Hauptargument für diese Auffassung finden die Vertreter dieser Ansicht in dem Ausdruck „als Ganzes" im § 1922 BGB. Nach dieser Ansicht gehen sämtliche vermögensrechtliche Beziehungen, soweit sie nicht mit dem Tode erlöschen, auf den Erben über, also auch die Verbindlichkeiten.

Zugegeben muß zunächst werden, daß das BGB. in der Regel unter Vermögen die Gesamtheit der einer Person zustehenden wirtschaftlich verwertbaren Sachen und Rechte, also das Aktivvermögen ohne die Verbindlichkeiten versteht z. B. §§ 311, 419 BGB. Auch werden unter dem Ausdruck Nachlaß in der Regel die auf den Erben übergegangenen Berechtigungen — ohne die Verpflichtungen — verstanden, so in den §§ 1970 ff. BGB., die von Nachlaßgläubigern reden; der Nachlaß ist also als Befriedigungsmittel mithin als Aktivvermögen gedacht. Obwohl dies in der Literatur 7) anerkannt ist, muß für den Fall des § 1922 BGB. doch eine Ausnahme gemacht werden, gestützt

---

3) Binder, Rechtsstellung, Bd. 1, S. 10; Fromhold, S. 4 Anm. 6; Hagen, Iherings Jahrbücher, Bd. 42, S. 57.

4) Vgl. Enneccerus-Kipp, Erbrecht § 1, S. 5.

5) Vgl. Staudinger, V zu § 1922 Anm. 4, 1. Planck, V zu § 1922 Amn. 2; Frommhold, S. 3 Anm. 2; siehe auch Binder, 1923, S. 2—4; Der Erbe haftet wie nach römischem Recht — Grundsatz: hereditatis personam defuncti sustinet. — auch für die Schulden.

6) V zu § 1922 Anm. 2.

7) Binder, I, S. 7 u. 11 mit reicher Literaturangabe.

auf den Ausdruck „als Ganzes". 8) Dies geschieht mit vollem Recht, denn die Trennung von Rechten und Verbindlichkeiten läßt sich nicht immer durchführen. 9) Es gibt vermögensrechtliche Beziehungen, die weder als Rechte noch als Verbindlichkeiten aufzufassen sind, die aber für den Erben von gleicher Wichtigkeit sind wie für den Erblasser. Man denke an die Prokura oder an die Prozeßvollmacht, die beim Erbfall nicht aufgehoben werden. Nach unserem Sprachgebrauch versteht man unter Vermögen auch häufig nicht nur das Aktivvermögen, sondern das Nettovermögen, welches nach Abzug der Passiva übrig bleibt, oder auch die gesamte vermögensrechtliche Stellung einer Person, d. h. die Aktiva und Passiva. Die hier vertretene Ansicht läßt sich somit nach unserem Sprachgebrauch auch gut vertreten.

Die erbrechtliche Gesamtnachfolge tritt mit Rechtsnotwendigkeit ein. Sie kann weder vom Erblasser ausgeschlossen werden, noch kann es soweit kommen, daß der Nachlaß ohne Erben bleibt, denn der Fiskus ist in allen Fällen der letzte und notwendige Erbe, da er die Erbschaft nicht ausschlagen kann. 10) Neben einer Gesamtnachfolge gibt es keine unmittelbar eintretende Einzelnachfolge in einzelne Nachlaßgegenstände, auch wenn der Erblasser über einzelne von ihnen anders verfügt hat. Eine solche Verfügung enthält z. B. das Vermächtnis, kraft dessen der Erblasser Dritten, sei es zum Handelsgeschäft gehörende Grundstücke, Bestandteile des Warenlagers, Barbestände, seien es einzelne oder auch eine ganze Gattung von Forderungen zugewiesen hat. Das Vermächtnis gewährt dem Bedachten aber nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Leistung des vermachten Gegenstandes, dieser geht zunächst dinglich mit dem ganzen Vermögen auf den Erben über. 11) Was hier von Vermächtnissen gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch von Schenkungen von Todes wegen, 12) sofern nicht die Schenkung vom Schenker selbst zu dessen Lebzeiten vollzogen ist. 13)

Das Vermögen geht mit dem Tode des Erblassers auf den oder die mehreren Erben über, jedoch unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen. 14) Der Erwerb der Erbschaft ist somit mit dem Erbfall vollzogen. Solange jedoch der Erbe das Recht der Ausschlagung hat, ist der

---

8) Binder, 1923, S. 2—7; K. G. Bd. 61, S. 78; Staudinger, zu § 1922 Anm. 4; Lessing, S. 71; Planck, V zu 1922 Anm. 2; Leonhard, zu § 1922 Anm. 2; K. G. R. K. § 1922 Anm. 5; Strohal, I, S. 10.

9) So Planck, V zu § 1922 Anm. 2.

10) §§ 1936, 1942 Abs. 2 BGB.

11) § 2174 BGB.

12) § 2301 BGB.

13) Siehe auch Pinner, S. 22.

14) § 1942 BGB.

Erwerb noch nicht vollkommen. 15) Das Ausschlagungsrecht verliert der Erbe, wenn er entweder die Annahme erklärt, oder wenn die zur Ausschlagung vorgeschriebene Zeit verstrichen ist und die Ausschlagung innerhalb der Zeit nicht erfolgt ist. 16) Die Annahme kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen, sei es durch ausdrückliche Erklärung, die auch in der Anfechtung einer Ausschlagung zu erblicken ist, sei es durch konkludente Handlungen. Letzteres ist aber noch nicht in der Fortführung erbschaftlicher Geschäfte zu erblicken, nicht einmal ohne weiteres in der Vornahme geschäftlicher Handlungen im Geschäftsbetriebe des Erblassers. Aus den Handlungen muß der Wille, Erbe zu sein, hervorgehen. Sollen solche Handlungen die Erhaltung und die Sicherung der Erbschaft bezwecken, so ist darin noch keine Annahme zu erblicken. So braucht in der Fortführung des Geschäftes nicht einmal in der Eintragung des Geschäftsüberganges ins Handelsregister eine Annahme zu liegen, 17) denn alles das können lediglich Maßregeln zur Erhaltung der Erbschaft sein. Dagegen ist in der Aenderung der Firma regelmäßig die Annahme der Erbschaft zu erblicken, weil dies eine prägnantere Verfügung über den Nachlaß enthält, als zur Erhaltung oder Sicherung erforderlich ist. 18) Nach dem Grundsatze der Firmenwahrheit 19) ist der Erbe verpflichtet, seinen eigenen Namen als Firma zu benützen, darin ist die endgültige Fortführung des Geschäftes und somit die Annahme der Erbschaft zu erblicken. Desgleichen wird — wie Bolte 20) annimmt — in der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma aber mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes regelmäßig eine Erklärung der Annahme zu erblicken sein.

Mit der Annahme oder mit Ablauf der Ausschlagungsfrist ist der Erwerb auf Seiten des Erben ein vollkommener. Als Zeitpunkt des Erbanfalls gilt der Tod des Erblassers, er fällt also mit der Berufung des Erben zur Erbschaft zusammen. Ein Ruhen der Erbschaft ist dem BGB. fremd. Schlägt also der zunächst Berufene die Erbschaft aus oder wird er für erbunwürdig erklärt, so fällt die Erbschaft demjenigen 22) an, welcher für den Fall berufen sein würde, wo der Ausschlagende oder der für erbunwürdig Erklärte zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt haben würde; der neue Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt. 23) Der

15) Jäger, S. 2. III.

16) § 1943 ff. BGB.

17) Staub zu § 27 Anm. 1b.

18) Düringer-Hachenburg zu § 27 III cc.

19) § 18 HGB.

20) Bolte, a. a. O. S. 454.

21) § 1953 BGB.

22) § 2345 BGB.

23) § 1953 Abs. 2, § 2344 Abs. 2 BGB.

Erwerber braucht in diesem Falle also nicht den Anfall, sondern im Gegensatz zum römischen Recht 24) nur den Erbfall zu überleben.

Schlägt der zunächst Berufene die Erbschaft aus, so gilt also der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Dem wirklichen Erben ist er für die von ihm während der Zwischenzeit vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte berechtigt und verpflichtet wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. 25) Diejenigen Verfügungen, welche ohne Schaden für den Nachlaß keinen Aufschub duldeten und deshalb vor der Ausschlagung vorgenommen worden sind, behalten Rechtskraft. 26) Ebenso verhält es sich mit den Rechtsgeschäften, die dem Erben als solchem gegenüber vorgenommen werden mußten. 27)

---

24) Das römische Recht unterschied grundsätzlich — Ausnahme bei den sui heredes, wo gleich dem heutigen Rechte der Erwerb ipso iure, also ohne Antretung erfolgte — zwischen Delation und Acquisition, wobei letztere durch eine Willenserklärung eintrat. Das BGB. folgt dem deutschen Rechte nach welchem sich der Uebergang nach dem Satze: „Der Tote erbt den Lebendigen", also von Rechts wegen ohne Wissen und Willen des Erben vollzieht. Staudinger zu 1922 Anm. V 1. Planck, § 1922 Anm. 3a und Vorm. zum 1. Titel des 2. Abschnittes unter II 1, 2.

25) § 1959 (677 ff.) BGB.

26) § 1959 Abs. 2.

27) 1959 Abs. 3.

II. Teil

§ 3. Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Während beim Tode des Geschäftsinhabers die aktiven Bestandteile des Handelsvermögens in gleicher Weise auf den Erben übergehen wie das gewöhnliche Erschaftsvermögen, bestehen bei der Haftung für die gewöhnlichen und die Geschäftsschulden des Erblassers weitgreifende Besonderheiten. Die Haftung für die Geschäftsschulden findet im § 27 des HGB. eine besonders weitgehende Ausgestaltung. Für diese Vorschrift bildet aber das Bürgerliche Recht den Grundstein, auf dem die spezielle Regelung sich aufbaut. Aus Art. 2 EG. z. HGB. ergibt sich, daß die Bestimmungen des § 27 HGB. die allgemeinen Normen des BGB. nicht ausschließen, sondern daß sie durch diese ergänzt werden. Grundlage für den § 27 HGB. bleibt also das bürgerliche Recht und dieses kommt, wenn die lex spezialis des § 27 nicht zutrifft, unbeschränkt zur Anwendung. Es geht aber über den Rahmen unserer Aufgabe hinaus, hier eine Darstellung der Erbenhaftung nach dem BGB. zu geben. Für uns ist nur erforderlich, das grundlegende Prinzip der Erbenhaftung näher darzulegen, weil das Resultat, zu dem wir gelangen werden, wichtig ist als Voraussetzung für Schlüsse, die wir zur Beweisführung innerhalb des besonderen Themas gebrauchen werden.

1. Schon vor Inkrafttreten des BGB. und besonders nachher stritt man über die Frage: Haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich beschränkt, d. h. haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern für ihre Ansprüche nur mit dem Nachlaß selbst (Haftung cum viribus hereditatis) oder unbeschränkt, was besagt, daß der Erbe den Nachlaßgläubigern mit dem Nachlaß und Eigenvermögen in voller Höhe verhaftet ist. 1) Um zu einer klaren Stellungnahme dieses

---

1) Im römischen Recht war das Prinzip der Universalsuccession streng durchgeführt. Der Erbe trat völlig in die Rechtsstellung des Erben ein und haftet neben dem Nachlaß auch mit seinem Eigenvermögen, also unbeschränkt. Erst Justinian schaffte Milderung durch das beneficium inventarii. Der Erbe konnte seitdem die Haftung in eine beschränkte pro viribus hereditatis verwandeln.

Das deutsche Recht stand auf dem Standpunkt der beschränkten Haftung. Der Erbe haftete nie persönlich, sondern nur mit den Erb-

Streites zu gelangen, soll zunächst die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Erbenhaftung in kurzen Worten dargelegt werden. Was den 1. Entwurf anbelangt, so ist es schon streitig, welches Prinzip ihm zugrunde lag. 2) Beabsichtigt war von dem Gesetzgeber die unbeschränkte Haftung, was aus den Motiven zum Entwurf deutlich hervorgeht, wo es heißt: „Der Erbe wird persönlicher Schuldner aller Nachlaßverbindlichkeiten" 3) und ferner: „Solange der Erbe den Nachlaßkonkurs und die Abzugseinrede nicht vorgeschützt hat, haftet er persönlich in vollem Umfange". 4) Auch die Kritik, die vor allem lebhaft über die Vorschriften der Abzugseinrede einsetzte, hielt die Haftung für eine unbeschränkte. 5) Daß dagegen dieses vom Gesetzgeber gewollte Prinzip in der Gestaltung der Materie nicht zur Durchführung gelangt ist, zeigen die §§ 2092 ff. 6) In diesen Paragraphen ist klar zum Ausdruck gebracht, daß das Recht, den Nachlaßkonkurs zu beantragen, oder die Abzugseinrede geltend zu machen, dem Erben kraft Gesetzes zusteht. Dieses Recht kann dem Erben nur auf Grund besonderer Umstände verloren gehen. 7) Im Gesetzestexte ist also das Prinzip der beschränkten Haftung zum Ausdruck gekommen. 8)

---

schaftssachen, über welche dem Erblasser die freie Verfügungsgewalt zustand. Nach allgemeinem Landrecht haftete der Erbe cum viribus hereditatis, jedoch auch persönlich, wenn er innerhalb von 6 Monaten seit Ablauf der gesetzlichen Ueberlegungsfrist ein Inventar nicht errichtete. A. L. R. I. 9, 412 ff. Dernburg, III, S. 345.

2) Für beschränkte Haftung Binder, 1923, S. 42; Binder, Rechtsstellung II, S. 53; Frommhold, S. 42; Bem. 1; Martin, S. 23; Goldmann (Gruchot) 43, S. 429; Moos, S. 14; für unbeschränkte Planck, S. 366; Pinner, S. 28 ff.

3) Motive V, S. 604, 404.

4) Motive V, S. 670.

5) Amtliche Zusammenstellung der gutachtlichen Anpassungen zu dem Entwurf eines BGB, S. 171.

6) § 2092 lautet: „Der Erbe kann die Erfüllung der ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeiten (Nachlaßverbindlichkeiten) wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 2093 bis 2150 verweigern".

7) §§ 2092 Abs. 2; 2109 ff., 2133 E. I. BGB.

8) Der Vollständigkeit halber sei auf Binder II, S. 53 verwiesen, der ausführlich auf die Gesetzesstellen eingeht. Hiergegen die Ausführungen bei Pinner, S. 28 ff., der behauptet, daß der § 2092 die unbeschränkte Haftung ausspricht, weil die Nachlaßverbindlichkeiten allgemein, auch die der Erbe verweigern kann, als „ihm als Erben obliegende" bezeichnet wären.

Auf die Widersprüche der Kritik hin beseitigte der 2. Entwurf die Abzugseinrede und führte dafür die Nachlaßpflegschaft ein. Der Erbe kann hiernach, solange er die Inventarfrist nicht versäumt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen und somit die Gläubiger auf den Nachlaß verweisen. 9) Hierin liegt klar ausgedrückt, daß der Grundsatz die unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung ist. So wurde denn auch ein Antrag, die beschränkte Haftung einzuführen, von der Kommission abgelehnt. 10) Deutet so die Absicht der zweiten Kommission auf das Prinzip der unbeschränkten aber beschränkbaren Haftung hin, muß aber doch festgestellt werden, ob das Prinzip auch wirklich durchgeführt worden ist, und unserem BGB zugrundeliegt. Schon die Denkschrift zur Reichstagsvorlage setzt sich in krassem Widerspruch zu diesem Prinzip; denn es heißt dort: „Wenn der Entwurf bestimmt, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, — so hat er zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlasse im Auge". 11) Hiergegen sei angeführt, daß die Denkschrift sich nicht über die juristische Konstruktion der Haftung aussprechen, sondern nur die wirtschaftliche Seite beleuchten wollte, was der Verfasser der Denkschrift, Unzner, selbst zugibt, indem er anführt, daß die Haftung in der Denkschrift nur deshalb eine beschränkte genannt werde, weil der Erbe die Beschränkung jederzeit herbeiführen könne. 12) Der Wortlaut der Denkschrift wird somit hinfällig und verliert für unsere Untersuchung jede Bedeutung. Wir wenden uns dem Wortlaut des BGB. zu und versuchen die Haftungsart festzustellen.

2. Wenn irgendwo, so haben wir im § 1967 Abs. 1 BGB. nach den allgemeinen Prinzipien der Erbenhaftung zu suchen. „Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten". 13) Dieser Satz bedeutet, daß der Erbe für Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin, d. h. für alle Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Sollte dies nicht der Fall sein, so müßte es ausdrücklich bestimmt sein, z. B. durch die Worte: der Erbe haftet gemäß §§.... oder er haftet mit dem Nachlaß. Eine Stütze dafür, daß dem § 1967 BGB. das Prinzip der unbeschränkten Haftung beizulegen ist, gibt uns der § 25 HGB, worin es ohne Angabe über den Grund der Haftung heißt: „Der Erbe haftet". Für diesen Fall hat noch niemand behauptet, daß der Erbe nur mit den auf ihn übergegangenen Aktiva hafte, und es scheint als selbstverständlich, daß der Ausdruck des Gesetzes ganz extensiv interpretiert

---

9) Binder II, S. 59.

10) Protokolle S. 731.

11) Denkschrift, S. 65.

12) Krit. Vierteljahrschrift Bd. 41, S. 257; Pinner, S. 34.

13) § 1967 Abs. 1.

werden muß. 14) Hiergegen wird behauptet, der § 1967 BGB. bringe nur zum Ausdruck, daß der Erbe überhaupt haftet, wie er haftet, würde erst in den besonderen Abschnitten aufgeführt. Sie, die diese Behauptung aufstellen, sehen den Grund für die Haftung einzig und allein im § 1967 BGB. und bezeichnen ihn insofern als sedes materiae. 15) Der Grund der Haftung ist aber, wie vorher schon dargelegt, aus der im § 1922 BGB. zugrunde gelegten Gesamtnachfolge zu folgern, nicht allein aus dem § 1967 BGB. Wenn dem auch wäre, so müßte man doch dem Gesetzgeber eine arge Leichtfertigkeit des Ausdrucks zumuten, wozu wir gerade bei der Formulierung eines so wichtigen Satzes keinen Grund haben. 16)

Ein anderes Moment für die unbeschränkte Haftung bildet die confusio bonorum. Das Vermögen der Erben und der Nachlaß sind durch den Erbfall in der Hand des Erben zu einem Vermögenskomplex vereinigt. 17) Nach der beschränkten Haftung dürfen aber diese confusiones überhaupt nicht eintreten. Ebenfalls dürften keine Aufrechnungen stattfinden zwischen den Schuldnern oder Gläubigern des Erblassers und dem Erben. Die Vermögensvereinigung ist demnach unvereinbar mit der grundsätzlich beschränkten Haftung, und es entspricht der confusio bonorum, wenn der Erbe für die Schulden des Erblassers grundsätzlich wie für eigene haftet. 18) Nach der herrschenden Meinung 19) kann die beschränkte Haftung nur eintreten, wenn gewisse Maßregeln ergriffen werden, um den Nachlaß vom Erbenvermögen zu trennen und den Gläubigern zu sichern. Solche Maßregeln sind vor allem die Haftungsbeschränkungsmittel, die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, wobei die herbeizuführende amtliche Nachlaßsonderung wesentliche Voraussetzung ist. 20) Der § 1975 BGB. bestimmt: „Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist", d. h. wenn der Erbe die ihm zur Beschränkung seiner Haftung zu Gebote stehenden Mittel anwendet. Die klare Ausdrucksweise des Gesetzes besagt, daß Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs Mittel sind, die

---

14) Derselben Ansicht Renkert, S. 44.
15) So besonders Moos, S. 18 ff.
16) Planck, D.J.Z. 1899, S. 366; Jäger, S. 2.
17) Jäger, S. 2 Ziff. 5b; Strohal VI, S. 204; Binder (1923) S. 34 u. 46; Riesenfeld, S. 68 u. a. m.
18) Binder (1923) S. 46; Jäger, S. 2 Anm. 5.
19) Leonhard zu § 1967 Anm. 2 B; Strohal, S. 192; Staudinger zu § 1967 Anm. III A; Jäger, S. 2; Endemann, S. 394; Crome, Erbrecht § 641 Anm. 26; Dernburg V, § 169; Brehm, Gruchot Bd. 42, S. 461; Cosack, S. 701.
20) Moos, S. 31.

Haftung des Erben auf den Nachlaß zu beschränken. 21) „Beschränken“ kann sich eine Haftung aber nur, wenn sie vorher unbeschränkt gewesen ist. Stände das BGB. auf dem Standpunkt, der Erbe haftet grundsätzlich beschränkt, so wären alle Bestimmungen, die zum Schutze des Erben erlassen worden waren, überflüssig gewesen. Dagegen hätten die Nachlaßgläubiger gegen das Verhalten der Erben gegenüber dem Nachlaß geschützt werden müssen. Solche positive Bestimmungen entbehrt aber das Gesetz; dem Erben dagegen sind eine Anzahl Vergünstigungen eingeräumt, deren Hauptsächlichste gerade die ist, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, wozu ihm die im BGB. näher bezeichneten Rechtsbehelfe dienen. Deshalb muß man den Schluß ziehen, daß die Haftung im BGB grundsätzlich eine unbeschränkte ist.

Wie schon vorher gesagt, sind Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs Haftungsbeschränkungsmittel, und bei ihrer Anwendung tritt die Haftung cum viribus hereditatis ein. Eine solche Bedeutung des § 1975 BGB. dürfen aber logischerweise diejenigen nicht anerkennen, die eine Haftung cum viribus hereditatis als schon mit dem Erbfall eintretend annehmen, sie sind also gezwungen den § 1975 BGB. anders zu deuten. Binder und Goldmann behaupten deshalb: Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs sind Mittel auf Grund der bereits bestehenden beschränkten Haftung aus dem Nachlaß die Nachlaßschulden zu liquidieren, d. h. die schon bestehende Beschränkung der Haftung geltend zu machen. 22) Es fragt sich jetzt, ob die Bestimmung des § 1975 diese Auslegung zuläßt, wobei hingestellt bleibt, ob diese Bestimmungen diesen Zweck wirklich verfolgen können. Binder und Goldmann sind zu dieser Deutung durch falsche Voraussetzungen veranlaßt worden. Goldmann sah einen besonderen Grund, den § 1975 BGB. anders auszulegen, darin, daß nach § 1981 BGB. auch der Nachlaßgläubiger durch Antrag Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs somit also die Beschränkung herbeiführen könne. Es könne aber nicht im Interesse des Gläubigers liegen, die Beschränkung zu erlangen, sondern dem Erben wäre geradezu eine Prämie für sein unwirtschaftliches Verhalten gegeben. Der Begründung Goldmann's ist aber zu widersprechen, denn die Haftungsbeschränkungsmittel sind auch zum Schutze der Gläubiger vorhanden. So haben diese bei gefährdeter Vermögenslage des Erblassers ein großes Interesse daran, den Nachlaß vom Erbenvermögen zu separieren. Die Haftungsbeschränkungsmittel haben einen Doppelcharakter, sie dienen sowohl zum Schutze des Erben als auch dem der Gläubiger. 23)

---

21) Planck, Vorm. zum III. und II. Teil; Jäger, S. 2; und 5 ff.; Böhm, Gruchots A. Bd. 42, S. 461; Crome, § 727; neuerdings auch Binder 1923, S. 64 Abs. 3 u. a. m.

22) Binder II, S. 68 ff.; Goldmann, S. 44 ff. bes. S. 446-448.

23) So auch Moos, S. 86; Etscheidt, S. 23.

Auch auf die Entstehungsgeschichte des § 1975 BGB stützt Goldmann seine Ansicht. Für die Abzugseinrede des ersten Entwurfes sei im zweiten die Nachlaßverwaltung eingeführt. Wie jene, müßte auch diese den Charakter eines reinen Liquidationsverfahrens haben, weil sie deren Funktionen übernommen habe. Auch hier geht Goldmann von einer irrigen Auffassung aus. Die zweite Kommission wollte, wie vorhin dargelegt, die unbeschränkte Haftung durchführen, und deshalb mußte der Nachlaßsonderung auch eine ganz andere Aufgabe, als die ihr im ersten Entwurf zugedachte, zukommen. Der Ansicht Goldmann's widerspricht auch die Zusammenstellung der Nachlaßverwaltung mit dem Nachlaßkonkurs, welch letzterer auch im ersten Entwurf nicht nur ein Mittel der Geltendmachung der beschränkten Haftung war, sondern auch die Wirkung einer Haftungsbeschränkung hatte. Binder, der sich später zur herrschenden Lehre bekannte, gab zwar zu, daß Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zweifellos als Haftungsbeschränkungsmittel aufgefaßt werden könnten. 24) Zur Aufrechterhaltung der von ihm früher vertretenen Meinung, setzte er sich im Widerspruch zur herrschenden Lehre und behauptete, daß auch eine andere Deutung möglich sei, nämlich die, auf Grund der beschränkten Haftung, die Nachlaßschulden aus dem Nachlasse zu liquidieren. Er stützte sich auf die Protokolle, 25) die sich nach seiner Meinung 26) widersprechen, und diesen scheinbaren Widerspruch versuchte er für seine Meinung zu verwerten.

Gestützt auf die falschen Voraussetzungen haben Goldmann und Binder den § 1975 BGB. entsprechend interpretiert, was zur Aufrechterhaltung ihrer Meinung nötig war. Binder hat versucht, eine Uebereinstimmung seiner Auslegung mit dem gedanklichen Inhalt zu erzielen. Er behauptet: „sich beschränken kann sowohl einen Zustand wie einen Vorgang bezeichnen, d. h. die Beschränkung bezeichnet hier einen Zustand, der vorliegt, wenn die Separation vorliegt". 27) Unterstellt sei, daß die Worte „sich beschränken" im § 1975 BGB. einen Zustand bezeichnen. 28) Die Worte: „Wenn die Separation vorliegt" enthalten eine Bedingung für den Eintritt dieses Zustandes. Ist die Bedingung dagegen nicht erfüllt, so besteht dieser Zustand nicht, sondern ein anderer. Hierin liegt die Schwäche der von Binder gebrachten Auslegung und sie fällt in sich zusammen. Der § 1975 BGB. läßt eine Auslegung dieser Art nicht zu, und sowohl Nachlaßverwaltung als auch Nachlaßkonkurs sind Haftungsbeschränkungsmittel, was auch Binder in seinem neuen Erbrecht selbst zugegeben hat. 29)

---

24) Binder 1913, S. 46 Abs. 3.

25) Protokolle S. 759, 761, 772.

26) Binder II, S. 68. Hiergegen Etscheidt,, S. 20, der aus dem Zusammenhang nachweist, daß ein Widerspruch nicht vorhanden ist.

27) Binder II S. 69.

28) Siehe auch § 419 BGB., wo die Worte einen Zustand bedeuten.

29) Binder 1923, S. 46 Abs. 3.

Riesenfeld 30) will den Grundsatz der unbeschränkten Haftung aus den §§ 1892-83 BGB. herleiten. Der Erbe haftet hiernach, auch wenn er die Erbschaft verkauft, sich ihrer also entledigt hat, für die Nachlaßverbindlichkeiten noch weiterhin persönlich. Die persönliche Haftung läßt sich mit der grundsätzlich beschränkten Haftung nicht vereinbaren. Den persönlichen Gläubigern des Erblassers haftet zur Befriedigung ihrer Ansprüche nach Annahme der Erbschaft neben dem Erbenvermögen auch das durch die confusio bonorum mit diesem verschmolzene ererbte Vermögen. Die Erbengläubiger sind also auch zum Zugriff in den Nachlaß berechtigt. Vom Standpunkt der grundsätzlich beschränkten Haftung sind die Nachlaßgläubiger mit ihren Ansprüchen auf den Nachlaß beschränkt. Man muß hierin doch eine große Unbilligkeit sehen, die der Gesetzgeber sicherlich vermieden hätte. Hiergegen könnte man einwenden, daß den Nachlaßgläubigern das Recht zusteht, den Nachlaß vom Erbenvermögen wieder zu trennen und ihn so den Erbengläubigern, die nicht Nachlaßgläubiger sind, zu entziehen. Das Recht der Separation gibt das Gesetz den Erben jedoch nur, wenn Verhalten und Vermögenslage dazu Anlaß geben. Es muß demnach aus dem Zugriffsrecht der Erbengläubiger gegenüber dem Nachlaß auf ein solches der Nachlaßgläubiger gegenüber dem Eigenvermögen des Erben, also auf die unbeschränkte Haftung mit Notwendigkeit geschlossen werden. 31)

3. Während wir im Vorigen gezeigt haben, daß die Ausdrucksweise des Gesetzgebers vorwiegend für die grundsätzlich unbeschränkte Haftung zu sprechen scheint, bleibt uns jetzt noch übrig zu untersuchen, ob diejenigen Gesetzesstellen, die die Gegner zur Stütze ihrer Ansicht anführen, mit der grundsätzlich unbeschränkten Haftung vereinbart sind. Hier sind zunächst die §§ 1994 u. 2005 BGB. anzuführen, die beide davon sprechen, daß der Erbe unbeschränkt haftet, wenn er eine bestimmte Frist nicht einhält oder verschiedene Handlungen, die ihm zur Pflicht gemacht sind, nicht ordnungsmäßig vornimmt. Die Verfechter der grundsätzlich beschränkten Haftung fassen diese Stelle rein zeitlich auf und schließen daraus, daß bis zum Eintritt der Ereignisse der Erbe beschränkt hafte, daß erst von einem gewissen Zeitpunkt an die unbeschränkte Haftung eintritt. Es ist aber nicht einmal zulässig, daß man so schlußfolgern muß. Den Schwerpunkt der Stelle kann man auch auf das Wort „unbeschränkt“ legen und folgern, daß es beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen überhaupt unmöglich ist, eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen. In diesem Sinne muß man den Begriff

30) Riesenfeld, S. 69.

31) So auch Riesenfeld, S. 69 Abs. 2.

„unbeschränkt“ als identisch mit unbeschränkbar bezeichnen, 32) was durchaus möglich ist, denn das Gesetz gebraucht auch an anderen Stellen z. B. im § 185 Abs. 2 BGB, § 991 Z. P. O. das Wort unbeschränkt in diesem Sinne. Beschränkbar kann die prinzipiell unbeschränkte Haftung, beschränkbar kann und darf dagegen nicht die definitiv unbeschränkte-unbeschränkbare Haftung der §§ 1994 u. 2005 BGB. sein. Dem Erben, der die Inventarfrist versäumt oder die ihm obliegende Pflicht vernachlässigt hat, darf keine Möglichkeit mehr gegeben sein, beschränkt zu haften. Als Beweis für diese Schlußfolgerung läßt sich der § 2013 BGB. anführen, der besagt, daß, wenn der Erbe unbeschränkt haftet, er nicht mehr berechtigt ist, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen. Dieser Paragraph schließt für den Erben jede Möglichkeit aus, eine Beschränkung seiner Haftung herbeizuführen, der Erbe haftet jetzt unbeschränkbar. Hier ist der Begriff unbeschränkt identisch mit unbeschränkbar.

Gegen die herrschende Lehre wird nun angeführt, daß das Recht der Nachlaßgläubiger, nach § 1994 BGB die Setzung einer Inventarfrist zu verlangen, nur verständlich sei, wenn der Erbe grundsätzlich beschränkt haftet. 33) Der wirtschaftliche Zweck, den die Inventarerrichtung herbeiführen soll, ist der, daß der Bestand des Nachlasses, wie er sich zur Zeit des Erbfalls darstellt, festgestellt wird. 34) Die Feststellung der Gläubiger darüber, ob der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßschulden ausreiche oder nicht, genüge sicher nicht ihren Interessen, ja, sie sei bedeutungslos, wenn der Erbe auch mit seinem Eigenvermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte. Hiergegen ist anzuführen, daß jeder Nachlaßgläubiger schon von Anfang an auf den Eintritt der Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß gefaßt sein muß und so ein großes Interesse daran hat, für diesen Fall gerüstet zu sein. Es muß deshalb als zu weitgehend bezeichnet werden, von dieser Bestimmung auf eine beschränkte Haftung zu schließen. 35) In Widerspruch zur herrschenden Lehre soll ferner die Unzulänglichkeitsrede des § 1990 BGB. stehen: Der Erbe kann bei Unzulänglichkeit des Nachlasses die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Hier kann der Erbe, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 1975 BGB. vorliegen, die Gläubiger auf den Nachlaß verweisen und zwar ohne Inventar und ohne Separation.

---

32) So die herrschende Lehre u. a. Wendt, S. 357 ff.; Riesenfeld, S. 69; Planck Vorm. zu Titel II; Leonhard, zu § 1967 Anm. IIc; Binder (1923) S. 43.

33) Martin, S. 61 ff.; Binder II, S. 65; anders Binder 1923, S. 44; Moos, S. 50.

34) § 2001 BGB.

35) So auch Meyer, S. 80; Strohal II, § 72 Anm. 14.

Auf die beschränkte Haftung läßt die Bestimmung wohl einen Schluß zu; Binder 36) glaubte sogar, diese einzig und allein vom Standpunkte der beschränkten Haftung aus erklären zu können. Im § 1990 BGB. handelt es sich aber um einen Ausnahmefall, denn in der Regel ist zur Herbeiführung der beschränkten Haftung die Separation erforderlich, die dem Erben nur erlassen bleibt, wenn der zur Durchführung erforderliche Apparat in keinem Verhältnis zur Geringfügigkeit des Nachlasses steht. Für unsere Behauptung spricht auch die Entstehungsgeschichte. In dem § 1990 BGB. ist ein Rest der Abzugseinrede zu erblicken, was Binder selbst zugibt. Die Abzugseinrede war das Mittel zur Regulierung des Nachlasses für den Fall, wo die Masse die Kosten des Nachlaßkonkurses nicht deckte. 37) Für diese Abzugseinrede schuf die zweite Kommission die Nachlaßverwaltung zur Separation des Nachlasses und zur zweckmäßigen Befriedigung der Gläubiger, daneben sollte aber für den Fall des § 1990 BGB. der Erbe das Recht behalten, durch die Einrede allein von der Beschränkung der Haftung Gebrauch zu machen. Unrichtig ist es deshalb, dem Erben die Unzulässigkeitseinrede immer, also auch beim Vorliegen der Voraussetzungen für Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, deren Anordnung sich dann erübrige, zu geben. Wir haben es hier vielmehr mit einem Ausnahmefall zu tun, der durch die besondere Lage des Nachlasses bedingt ist. Die Vorschrift des § 1990 BGB. besagt also nichts für das Problem der grundsätzlich beschränkten Erbenhaftung.

Die Vertreter dieser Haftung führen zum Beweise ihrer Ansicht auch die Bestimmungen über das Aufgebotsverfahren an. Das Aufgebotsverfahren, geregelt in den §§ 1970 ff. BGB. hat zunächst den Zweck, dem Erben die Feststellung der Nachlaßgläubiger und ihrer Forderungen zu ermöglichen. Einen besonderen Vorteil gewährt dem Erben die Bestimmung des § 1973 BGB. Hiernach kann der Erbe die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Diese Bestimmung wird nun folgendermaßen ausgelegt. Der Sinn des § 1973 BGB. sei der, daß er dem Erben, der sonst das Prinzip der gleichmäßigen Verteilung des Nachlasses unter alle Gläubiger beobachten muß, das Recht gewährt, eine Rangordnung unter den Gläubigern zu schaffen, sodaß er aus dem allein haftenden Nachlasse zuerst die nicht ausgeschlossenen Gläubiger untereinander gleichmäßig befriedigen kann, und hiernach erst die ausgeschlossenen Gläubiger, wenn nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen vom Nachlasse noch etwas übrig bleibt. Die Bestimmungen des § 1973 gipfeln also nicht darin, daß der Erbe die Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger über den Bestand des Nachlasses

---

36) Binder II, S. 75.

37) Mot. S. 655; 659 ff.

hinaus verweigern kann, was die herrschende Lehre animmt, denn das kann er bei Annahme der beschränkten Haftung immer, sondern darin, daß der Erbe diese Befriedigung verweigern darf, ohne eventl. aus den §§ 1979 und 1980 BGB. verantwortlich gemacht werden zu können. 38) Wenn auch die Ausgeschlossenen an der Erweiterung der Haftung keinen Anteil haben, so ist damit noch kein Schluß dahin erlaubt, daß vorher die Haftung eine beschränkte war, was Binder später auch zugab. 39) Man kann den § 1973 BGB sogar als Beweis für die unbeschränkte Haftung anführen, denn durch ein argumentum e contrario muß man konsequent folgern, daß die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger vom Erben nicht verweigert werden kann, daß er diesen somit unbeschränkt haftet.

Ein Paragraph des BGB. sei noch erörtert, der besonders für die beschränkte Haftung zu sprechen scheint. Dies ist der § 185 II BGB., wonach die Verfügung eines Nichtberechtigten dann, wenn der Verfügende von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, wirksam wird. Dieser Paragraph hat also das Wirksamwerden der schwebend unwirksamen Verfügung davon abhängig gemacht, daß der Berechtigte Erbe des nicht berechtigten Erblassers wird und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, was nach dem Gesetz gemäß § 1994 BGB. mit dem Verlust des Inventarrechts erst der Fall ist, nicht schon im Augenblick des Erbfalles. 40) Daß die Konvaleszens des § 185 II BGB. erst bei Verlust des Inventarrechts eintritt, ist in der Literatur nirgends bestritten. Nach Ansicht der Vertreter 41) der beschränkten Haftung hätte, wenn das BGB. den Grundsatz der unbeschränkten Erbenhaftung enthält, das Wirksamwerden der Verfügung eines Nichtberechtigten im Falle des § 185 II nicht erst bei Verlust des Inventarrechts, sondern mit dem Erbfall selbst eintreten müssen, denn die unbeschränkte Haftung bestehe dann ja vom Augenblick des Erbfalls an.

Hiergegen ist zu sagen, daß dem Ausdruck „unbeschränkt" im § 185 II BGB. genau wie im § 1994 BGB. die Bedeutung unbeschränkbar beizulegen ist. Das Gesetz hat hier in logischer Weise einen berechtigten Unterschied gemacht zwischen dem Erlöschen von Rechtsverhältnissen zwischen Erblasser und Erben, das auf Grund der confusio bonorum eintritt, und dem Wirksamwerden einer Verfügung vom nichtberechtigten Erblasser begründet mit seiner Beerbung durch den berechtigten Erben;

---

38) So Binder II, S. 78; Münchmeyer, S. 47.

39) Binder 1923, S. 45.

40) Vgl. Staudinger zu § 185 Anm. 5b und Planck, zu § 185.

41) Goldmann, S. 439-440 (Gruchot Bd. 43), Martin, S. 70—73; Moos, S. 80—83.

denn hier ist ein Rechtsverhältnis zwischen Erblasser u. Erben ursprünglich garnicht gegeben. Es steht dem berechtigten Erben regelmäßig völlig frei, ob er die Verfügung des Nichtberechtigten genehmigen will oder nicht. Vom Gesetze dürfte er nur dann gezwungen werden, die Verfügung des Erblassers als genehmigt gelten zu lassen, wenn er die Verpflichtungen des Erblassers und damit die dem Dritten gegenüber durch die gleichwohl unberechtigte Verfügung entstandene Verpflichtung uneingeschränkt zu erfüllen gezwungen war. Dies ist erst bei unbeschränkter-unbeschränkbarer Haftung des Erben der Fall. 42) Unsere Erörterung zeigt, daß der Erbe vom Erbfall an grundsätzlich unbeschränkt haftet, daß diese Haftung aber beschränkbar ist, solange der Erbe nicht das Inventarrecht verloren hat. Die Tatsache, daß die schwebend unwirksame Verfügung erst mit dem Verluste des Inventarrechts eintritt, gibt uns den klarsten Beweis, daß der Gesetzgeber dem Ausdruck „unbeschränkt" im § 185 II und § 1994 BGB. die Bedeutung „unbeschränkbar" beilegen will.

Wir haben somit gesehen, daß die Gesetzesstellen, die scheinbar für eine beschränkte Haftung sprechen, ohne größere Schwierigkeit mit der grundsätzl. unbeschränkten Erbenhaftung in Einklang zu bringen sind.

4. Zum Abschluß sei noch kurz auf einschlägige Vorschriften der Z. P. O. verwiesen. Hier werden sowohl von der herrschenden Lehre als auch von Gegnern derselben besonders die §§ 780 ff. Z. P. O. herangezogen. Für die unbeschränkte Haftung spricht der Wortlaut der §§ 780 u. 781 Z. P. O. „Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist (§ 780). Bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben des Schuldners bleibt die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden". (§ 781 Z. P. O.). Daraus könnte man folgern: Macht der Erbe die Besonderheiten nicht geltend, so wird nach dem Prinzip verfahren. Gegen solche Schlußfolgerungen ließe sich mancherlei einwenden, was dem Wesen des Prozesses und der Zwangsvollstreckung entspricht. 43) Die prozessualen Vorschriften lassen sowohl eine beschränkte als auch unbeschränkte Haftung zu; sie sind für das dem BGB. zugrundeliegende Haftungsprinzip im Grunde indifferent. 44)

---

42) Vgl. Staudinger, 8. Aufl. zu § 185 Abs. 5b.

43) Vgl. Pinner, S. 66.

44) Der Vollständigkeit halber sei hier auf die Ausführungen von Münchmeyer, S. 17 ff.; Pinner, S. 67 ff.; Martin, S. 80 ff.; Moos, S. 34—43; S. 58—63, verwiesen, die sich in längeren Ausführungen mit den Vorschriften der Z. P. O. auseinandersetzen, aber zu keinem positiven Ergebnis gelangen.

Vgl. auch v. Seuffert, S. 447 zu § 780 Z. P. O.: „Aus den §§ 780 und 781 ist kein entscheidendes Moment für die eine oder die

5. Aus den Erörterungen dieses Kapitels geht hervor, daß das Gesetz dem Erben kein regelmäßiges Recht gewährt, außerhalb der Nachlaßseparation seine Haftung zu beschränken. Daß jedoch bei einem Erbschaftssysteme, welches die tatsächliche und rechtliche Verschmelzung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen zur Grundlage hat, dem prinzipiell beschränkt haftenden Erben sein Prinzip nur dann zu Gute kommen sollte, wenn er Nachlaß- und Erbenvermögen wieder trennt, also die Separation durchführt, 45) vermag mir nimmermehr einzuleuchten; denn das wäre ein Prinzip, das sowohl theoretisch als auch praktisch ein Nichts bedeutete. Wir können also die Frage, ob das Prinzip des Gesetzes das der unbeschränkten oder beschränkten Haftung sei, als im Sinne der grundsätzlich unbeschränkten aber beschränkbaren Haftung gelöst ansehen.

andere Ansicht zu entnehmen". Binder, der früher soweit ging, daß er behauptete: „Das allgemeine Prinzip der Erbenhaftung steht nicht im BGB., sondern in der Z. P. O. (Rechtsstellung II S. 96) änderte seine Meinung soweit, daß er den Vorschriften der Z. P. O. für das Prinzip der Haftung keine Bedeutung mehr beimißt. (Erbrecht 1923, S. 43).

45) Dies nehmen Goldmann, Gruchot Bd. 43, S. 433, 450 und Frommhold, S. 49 an. Kommentar zum Erbrecht 1900.

III. Teil

Besonderheiten der handelsrechtlichen Haftung.

§ 4 Der Wortlaut der grundlegenden Bestimmungen.

Die Besonderheiten der handelsrechtlichen Haftung werden im § 27 HGB. geregelt, der folgenden Wortlaut hat:

„Wird ein zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung“.

§ 25 lautet:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die im Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber, oder seine Erben in die Fortführung der Firma eingewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäftes nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist“.

Nachdem § 27 so auf den § 25 verwiesen hat, fährt er fort:

„Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Forführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von 3 Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung. Ist bei dem Verlauf der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist“.

§ 4a. Der Tatbestand des § 27.

Den Begriff Handelsgeschäft haben wir in § 1 erörtert und konstatiert, daß er in unserem Falle im weitesten Sinne, also gleich Handelsvermögen zu nehmen ist. Hier bleibt uns noch übrig, zu beweisen, daß es sich in den §§ 27 und 25 HGB. um das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns, nicht dagegen um das eines Minderkaufmanns handelt. Dies beweist uns der § 4 HGB., nach welchem die Vorschriften über die Handelsfirma auf die sogenannten Minderkaufleute keine Anwendung finden. Die §§ 25 und 27 HGB. stehen unter dem Abschnitt „Handelsfirma“. Sie setzen zu ihrer Anwendung das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts voraus, das vom Erblasser unter einer Firma betrieben wurde. Die in Frage stehenden Paragraphen sind also zweifellos Vorschriften über Firmen und also zweifellos Vorschriften über Firmen und als solche können sie nur auf Vollkaufleute Anwendung finden, weil nur diese zur Führung einer Firma berechtigt sind. 1) Der Minderkaufmann hat also kein Firmenrecht und sein Erbe ist damit von dem Anwendungsgebiete des § 27 HGB. ausgeschlossen. 2)

Gleichwohl gibt es von dieser Grundregel eine Ausnahme. Der Wortlaut der §§ 25 und 27 HGB. besagt nicht, daß die Firmenfortführung des Erblassers eine berechtigte sein muß. Neben den berechtigten gibt es auch eine tatsächliche Firmenfortführung. 3) An diese hat der Gesetzgeber rechtliche Folgen geknüpft, die der § 5 HGB. enthält, der folgenden Wortlaut hat:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß er zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre“. Ist die Eintragung auch widerrechtlich erfolgt, so gilt der Eingetragene als Vollkaufmann und der Erbe haftet nach § 27 HGB., sobald er das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt. Bedingung ist natürlich, daß der Registerrichter auch bei der Neueintragung den wahren Sachverhalt nicht erfährt, denn sonst müßte er den unrechtmäßigen Gebrauch durch Ordnungsstrafen zu verhindern suchen. 4) Von dieser Ausnahme, die wohl recht selten vorkommt, abgesehen, findet der § 27 HGB. auf Minderkaufleute keine Anwendung; ihre Haftung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts.

---

1) § 17 HGB.

2) Vgl. R.G. Bd. 55, S. 83.

3) Makower, S. 57 2a (1901).

4) § 37 HGB.; §§ 140-42 F.H.G.

Das zum Nachlasse gehörige Handelsgeschäft muß „fortgeführt" werden. Die Fortführung durch den Erben äußert sich in doppelter Hinsicht: zunächst muß die Tätigkeit des Erben eine führende, dann aber auch eine fortgesetzte sein. 5) Was man im ersten Sinne als Fortführung des Geschäftes anzusehen hat, läßt sich nicht ohne weiteres sagen, sondern hängt bei der Fülle der Erscheinungsformen im kaufmännischen Leben in erster Linie vom Einzelfall ab. Wo das Geschäft nur ein kleines Ladengeschäft ist, besteht die Führung ohne Zweifel in der persönlichen Leitung der An- und Verkäufe von Waren, der Anstellung des Personals usw. Handelt es sich dagegen um einen großen Betrieb, z. B. um ein berühmtes Warenhaus, so wird die Führung in der allgemeinen Anweisung an seine Untergebenen und in einer im wesentlichen überwachenden Tätigkeit beschränkt sein. Voraussetzung der Fortführung ist in jedem Falle, daß der eventuelle Gewinn der Geschäftsführung in das Eigentum des Fortführenden fällt. Allgemein ausgedrückt ist unter Fortführung in diesem Sinne die Leitung des Geschäfts zu Erwerbszwecken zu verstehen.

Zum zweiten muß die Tätigkeit des Erben eine fortsetzende sein, was besagt, daß die Tätigkeit der Fortführung sich als Fortsetzung der alten Geschäftsführung erweist. 6) Eine unmittelbare Fortsetzung des erblasserischen Betriebs ist dagegen nicht erforderlich. So kann beim Erbfall vor dem wirklichen Erben zunächst ein Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, ein Vorerbe oder ein durch Erbunwürdigkeit ausgeschlossener Erbe die Fortführung betrieben haben, ohne daß dadurch die Kohärenz mit dem erblasserischen Betriebe unterbrochen wird. 7) Dagegen kann die Identität der Betriebe aufgehoben werden, einerseits durch zeitlichen Stillstand des Betriebes, andererseits durch sachliche Veränderungen. Ein Stillstehen des Betriebes kann aber nur als Unterbrechung desselben gelten, wenn es von längerer Dauer ist; denn nur ein langandauerndes Stillstehen vermag die Betriebsverhältnisse derart zu verändern, daß der neue Betrieb etwas ganz anderes darstellt als der alte. Sachliche Aenderungen können die Kontinuität des Betriebes nur aufheben, wenn sie von einschneidender Bedeutung sind. So muß verlangt werden, daß der Erbe in derselben Branche verbleibt. Dagegen sind kleinere Aenderungen wie z. B. Wechsel der Bezugsquellen, Verlegung des Betriebes an eine andere Stelle, Einführung neuer und Aufgabe alter Geschäftszweige zulässig. 8) So kann der vom Erben fortgeführte Betrieb allmählich ein ganz anderer werden, ohne

5) Bolte, S. 421-22.

6) Bolte, S. 421 ff.

7) Vgl. Thiele, S. 19.

8) Lehmann-Ring zu § 22 Anm. II 2; Goldmann zu § 27 Anm. II 1; Makower, S. 53-54; K. G. Bd. 46, 152; K. G. in J. W. 1902, S. 18625.

daß dadurch die Haftung nach § 27 HGB. entfiele. 9) Bei einer plötzlichen Umwandlung ist aber von Fortführung keine Rede. Wann Geschäftsveränderungen den Zusammenhang des alten mit dem neuen Betriebe anschließen, dafür läßt sich eine Grenze allgemein nicht bestimmen, sondern es bleibt Tatfrage, die im einzelnen Falle nach der Verkehrsauffassung zu beantworten ist.

Die Fortführung des Geschäfts muß durch den „Erben" erfolgen. Wer Erbe ist, ergibt sich, wie schon im § 2 erwähnt, aus § 1922 BGB. Dabei ist es gleichgültig, ob der Erbe ein gesetzlicher ist oder ob er kraft Testaments oder Erbvertrags Erbe geworden ist; der Grund zur Berufung zum Erben ist für den § 27 HGB. bedeutungslos. Es ist nicht erforderlich, daß der Erbe die Fortführung des Geschäfts selbst besorgt. Die Worte „durch den Erben" besagen nicht, daß der Erbe persönlich die Fortführung übernimmt, sondern nur daß sie für Rechnung des Erben fortgeführt werden muß. Der Erbe kann sich Vertreter bestellen, deren Tätigkeit für und gegen ihn wirkt. 10) Sogar eine auftragslose Geschäftsführung gilt dann, wenn der Erbe sie später genehmigt. 11) Führt der vom Erblasser bestellte Prokurist das Handelsgeschäft fort, so gilt dies als vom Erben fortgeführt, weil die Prokura durch den Tod des Erblassers nicht erlischt. 12) Der Prokurist ist deshalb kraft Gesetzes zur Vertretung des Erben befugt. Die Vertretung durch den Prokuristen wird in der Praxis öfters vorfallen. Man denke z. B. an den Fall, wo ein Erbe berufen wird, dessen Beruf auf einem ganz anderen Gebiete liegt, der deshalb nicht in der Lage ist, das Geschäft persönlich und selbständig zu leiten. Er wird den erfahrenen Prokuristen sicherlich mit der Fortführung weiter beauftragen. Ein Gleiches gilt auch für die Handlungsgehülfen, 13) es sei denn, daß ihre Vollmacht mit dem Tode des Erblassers erlischt.

Der Fortführende kann auch der gesetzliche Vertreter des Erben sein. Schwierigkeiten ergeben sich aber für den Fall, wo der gesetzliche Vertreter rechtlich begründete Ansprüche auf das Vermögen des Erben hat. Man denke z. B. an den Inhaber der väterlichen Gewalt. 14) Zwei Fälle müssen hier unterschieden werden. Entweder führt der In=

9) Vgl. Staub zu § 22 Anm. 10; Cosack, § 16, S. 63; K. G. Bd. 46, S. 152; dagegen Düringer=Hachenburg zu § 22 Anm. 3; Goldmann zu § 22 Anm. II 1.

10) Vgl. § 164 ff. BGB.

11) § 677 ff. BGB.

12) § 52 Abs. 3 HGB.

13) § 672, § 675 BGB.

14) Bolte, S. 424. Renkert, S. 30. Man muß aber den § 1638 BGB. berücksichtigen.

haber der elterlichen Gewalt das Handelsgeschäft auf Grund seines eigenen Verwaltungsrechts im eigenen Namen und auf eigene Rechnung fort, oder aber nur als Vertreter des Erben. 15) Nur im letzteren Falle kommt eine Fortsetzung durch den Erben in Frage. 16) In der Praxis läßt sich dagegen oft schwer feststellen, ob das eine oder das andere der Fall ist. Gibt das Handelsregister keine Auskunft, 17) so ist der § 164 Abs. 2 BGB. heranzuziehen. Der Inhaber der väterlichen Gewalt haftet demnach, wenn die Absicht, im Namen des Kindes zu handeln, nicht erkennbar hervortritt. Die Haftung bestimmt sich dann nach § 25 HGB.; denn das Verhältnis zwischen Vater und Kind ist „ein dem Nießbrauch ähnliches" 18) und auf dieses findet gemäß § 22 Abs. 2 HGB. der § 25 HGB. entsprechende Anwendung. 19) Wie steht es mit dem Erwerbe eines Handelsgeschäftes durch den Vermächtnisnehmer? Der § 27 HGB. spricht nur von einem Erwerbe durch den „Erben". Aus dieser klaren Prägung des Gesetzes geht deutlich hervor, daß nicht jeder Erwerb von Todes wegen unter den § 27 HGB. fällt. Der Vermächtnisnehmer wird dem Erben eines Handelsgeschäftes nicht gleichgestellt, deshalb ist auch der § 27 HGB. auf den Vermächtnisnehmer nicht anzuwenden. 20) Nach § 2174 BGB. hat der Vermächtnisnehmer einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Uebertragung des Vermächtnisgegenstandes. Aus diesem Grunde erblicken viele in dem Erwerb des Vermächtnisnehmers einen Erwerb unter Lebenden, und sie wollen für diesen Fall den § 25 HGB. direkt angewendet wissen. 21)

Bolte findet seine Ansicht in der Entstehungsgeschichte begründet. Der erste Entwurf des Handelsgesetzbuches habe im § 23 alle Fälle des Geschäftserwerbs, also auch den durch den Legatar zusammengefaßt. Im § 25 sei dann für einen der schon im § 23 geregelten Fälle, nämlich für den Geschäftsübergang auf den Erben eine besondere Bestimmung getroffen. Im zweiten Entwurfe sei eine Aenderung insofern eingetreten, als der Geschäftsübergang auf den Erben von den übrigen Fällen getrennt worden sei. Daraus sei zu folgern, daß auch der Fall des Erwerbes durch Vermächtnis in dem Anwendungsgebiet der allgemeinen Bestimmung, die jetzt in § 25 HGB. sich befände, geblieben sei; da kein Grund dafür vorhanden sei, diesen Erwerb von der Anwendung

---

15) Hier gebührt dem nur der jährl. Reingewinn. § 1655 BGB.

16) Bolte, S. 424.

17) Stegemann, S. 102.

18) §§ 1649, 1652 BGB.

19) Gareis, zu § 22 Anm. 4; Renkert, S. 30.

20) Staub zu § 25 Anm. 2.

21) Bolte, S. 422-23; Makower, S. 57; Thiele; S. 20-21; Böhm, Erbrecht, S. 425.

der hier in Rede stehenden Gesetze auszuschließen. 22) Gegen eine direkte Anwendung des § 25 HGB. sind Staub, 23) Lehmann-Ring, 24) Düringer-Hachenburg. 25) Diese wollen nur eine analoge Anwendung des § 25 HGB. Sie behaupten, daß der Erwerb durch Vermächtnis kein solcher unter Lebenden sei, denn hiergegen spreche der Wortlaut des § 1369 BGB., der den Erwerb als „von Todes wegen" bezeichne. Hiergegen ist zu sagen, daß das Geschäft noch nicht durch die Verfügung von Todes wegen erworben wird. Der Vermächtnisnehmer erwirbt durch die Annahme des Vermächtnisses nichts weiter als den Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Handelsgeschäfte. Dieses selbst wird durch die Verfügung des Beschwerten, also durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben. Diese Konstruktion ist auch mit dem Wortlaut des § 1369 BGB. in Einklang zu bringen. Der Anspruch auf das Geschäft wird durch die Verfügung von Todes wegen erworben; die Verfügung bildet also die causa des Erwerbs, deshalb kann man den Erwerb des Anspruchs auf Leistung des Vermachten als Erwerb von Todes wegen bezeichnen, wie der § 1369 BGB. es auch tut. Erworben wird das vermachte Handelsgeschäft erst durch die Eigentumsübertragung des Beschwerten. 26) Die direkte Anwendung des § 25 ist folglich möglich. 27)

22) Bolte, S. 422-23.

23) Staub, zu § 27 Anm. 32.

24) Lehmann-Ring, zu § 27 Anm. 7.

25) Düringer-Hachenburg, zu § 25 Anm. III; § 27 Anm. VI.

26) Vgl. Thiele, S. 21-22; a. A. Goldmann zu § 25. Anm. I 1bb. B.; Siegismund, S. 15.

27) Vgl. Bolte, S. 423; Makower, S. 57 Ic; Thiele, S. 21-22.

§ 5. Der Begriff der früheren Geschäftsverbindlichkeiten.

Sind die vorher besprochenen Voraussetzungen gegeben, so haftet der Erbe gemäß § 27 für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Welches sind nun die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, für die die Haftung eintritt? Schon der Ausdruck des Gesetzes „Geschäftsverbindlichkeiten" besagt, daß die Verbindlichkeiten im Geschäft entstanden sein müssen, wobei der Begriff „Geschäft" in dem engen Sinne von Regelsberg, also gleich Geschäftsbetrieb aufzufassen ist; denn Voraussetzung für die Entstehung der Verbindlichkeiten ist allein die tatsächliche Seite. 1) Alle Verbindlichkeiten gehören daher zu den Geschäftsverbindlichkeiten, die durch einen Vorgang entstanden sind, der sich mit andern zusammen zum Geschäftsbetriebe vereinigt. Es sind alle diejenigen Verpflichtungen, die zum Geschäftsbetriebe in solcher inneren Beziehung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen. 2) Der Schuldgrund kann ein ganz verschiedener sein; denn es ist gleichgültig, ob die Verbindlichkeiten innerhalb des Geschäftsbetriebs auf Grund eines Vertrages oder durch eine gesetzliche Vorschrift entstanden sind. 3) So können die Schulden resultieren, sowohl aus Verträgen, als auch aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung. Bei den unerlaubten Handlungen kann nicht eingewendet werden, daß der Geschäftsbetrieb nicht darauf gerichtet gewesen sei; denn in gleicher Weise, wie dem Geschäfte aus einer solchen Handlung unter Umständen Vorteile erwachsen können, so müssen ihm auch die Nachteile zur Last gelegt werden. Es gehören dazu die Schadenersatzansprüche aus §§ 278, 831 BGB. für die Handlungen der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und sonstigen Vertreter des Geschäftsinhabers. Zu nennen sind noch die Ansprüche auf Grund der Verletzung von Patent-, Urheber- oder sonstigen Persönlichkeitsrechten. Auch Ansprüche aus dem Unfallversicherungsgesetz und Krankenkassenversicherungsgesetz kommen in Frage. 4) Wie der Schuldgrund, so ist auch der Gegenstand der Verbindlichkeit gleichgültig. Es können sowohl Geldschulden, als auch bestimmte oder fungible Sachen sein. Es gehört auch dazu die Verpflichtung zur Rechnungslegung § 259 BGB. Ausgenommen sind nur die Leistungen, die ihren wirtschaftlichen Wert nur durch die Leistung einer bestimmten Person erhalten.

---

1) Bolte, S. 442; R.G. Bd. 58, S. 23.

2) Staub zu § 22 Anm. 29; Bolte, S. 41b; R.G. in Seuff. Arch. Bd. 41, S. 203.

3) Staub zu § 22 Anm. 29.

4) Vgl. Staub zu § 22 Anm. 29; Bolte, S. 442; R.G. 68, 207; 96, 173; R.G. in Seuff. Arch. 76, 152; Cohn, S. 53-54, der eine ausführliche Aufzählung gibt.

Den Gegensatz zu den Geschäftsverbindlichkeiten bilden die persönlichen Verbindlichkeiten des Geschäftsinhabers, die Privatschulden. Die Entscheidung, ob eine Verbindlichkeit des Erblassers als Privatschuld oder Geschäftsverbindlichkeit anzusehen ist, ist in manchen Fällen nicht so leicht zu treffen. Ein allgemeines Merkmal läßt sich nicht aufstellen und es bleibt quaestio facti, was Geschäfts- oder Privatverbindlichkeiten sind. 5) Hier muß einerseits die besondere Art der Verpflichtung und die Verkehrsauffassung entscheiden, andererseits bietet der Vermerk in den Handelsbüchern eine Handhabe. Eine Bezugnahme auf solche Eintragungen hat, obgleich der Vollkaufmann, mit dem wir es zu tun haben, zur Führung von Büchern verpflichtet ist, 6) allerdings nur die Bedeutung einer Beweiserleichterung. 7) Die Eintragung allein spricht ebensowenig für das Vorhandensein der Geschäftsschuld, wie die bloße Tatsache der Nichteintragung als Gegenbeweis zu dienen vermag. 8)

Das wichtigste Beweismittel gewährt das Handelsgesetzbuch in § 344, der lautet:

„Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig".

„Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt".

Zu beachten ist zunächst, daß der § 344 HGB. von „Handelsgewerbe" spricht. Dieser Begriff deckt sich aber nicht mit dem Handelsgeschäfte. Der Begriff Handelsgewerbe ist der weitere; innerhalb des Handelsgewerbes kann der Kaufmann mehrere Handelsgeschäfte betreiben. Dieser Fall ist aber sehr selten, meistens wird sich der Betrieb eines Handelsgewerbes auf den eines Handelsgeschäfts beschränken, sodaß die beiden Begriffe sich decken. Wenn aber wirklich der Erblasser mehrere selbständige Handelsgeschäfte betrieben hat, so haftet der Erbe nur für die Verbindlichkeiten des ihm zugefallenen und von ihm fortgeführten Geschäfts. Die Anwendung des § 344 HGB. ist aber noch weiter eingeschränkt, denn der Paragraph spricht nur von Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, während die Verpflichtungen die auf Gesetz

5) Wie weit das R. G. die Geschäftsverbindlichkeiten ausdehnt, lassen folgende Beispiele erkennen; es können sogar die Annahme der Stelle als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft und selbst Lotterie- und klaglose Differenzgeschäfte als zum Handelsbetrieb gehörig angesehen werden. R. G. Bd. 19, S. 123; 30, S. 191; 38, S. 240.

6) §§ 38, 39 ff. HGB.

7) Cosack, § 14.

8) Staub, S. 133; Goldmann, S. 106, oben; Düringer-Hachenburg, S. 117; Makower, S. 585; Cohn, S. 53; Bolte, S. 433; ROHG Bd. 8, S. 42.

oder unerlaubter Handlung beruhen, nicht von ihm betroffen werden. Was den § 344 HGB. selbst anbelangt, spricht der Abs. 1 eine Vermutung aus, die durch Beweis entkräftet werden kann. 9) Beweispflichtig dafür, daß das Rechtsgeschäft nicht zum Handelsgewerbe gehört, wäre der Erbe. Hiergegen stellt der Abs. 2 eine Fiktion auf. Nur der Inhalt des Schuldscheins ist rechtsbedeutsam. Gleichgültig ist, ob der Kaufmann mit der Firma oder mit seinem Privatnamen unterzeichnet hat; dagegen spricht die Zeichnung mit der Firma allerdings stärker für die Zugehörigkeit der Verbindlichkeit zum Handelsgewerbe. Nur die Urkunde, die erkennen läßt, daß das Geschäft offenbar nicht betriebszugehörig war, oder wie das K. G. sagt: „offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe hatte", 10) ist geeignet, den § 344 Abs. 2 HGB. zu entkräften.

Während die Heranziehung des Abs. 1 des § 344 HGB. auf unseren Fall allgemein anerkannt wird, hat Düringer-Hachenburg 11) die Anwendbarkeit des Abs. 2 verneint. Hierfür liegt jedoch kein Anlaß vor. Zwar bedeutet die Anwendung des Abs. 2 des § 344 HGB. insofern eine Haftungserweiterung des Erben, als dieser neben den eigentlichen „früheren Geschäftsverbindlichkeiten" des Inhabers vielleicht auch für seine zweifelhaften Rechtsgeschäfte und für Privatschulden, die durch Urkunden belegt sind, eintreten muß, wenn sich aus den Urkunden nicht das Gegenteil ergibt. Die Vorschriften des § 344 HGB. sind aber zum Schutze der Gläubiger geschaffen, und man muß dem Gläubiger einer Urkunde den Schutz des § 344 Abs. 2 HGB. zubilligen, denn im Falle des § 27 HGB. gehen auch die Forderungen kraft Gesetzes auf den Erben über, und es liegt kein Grund vor, den Inhaber der Schuldurkunde schlechter zu stellen als die übrigen Gläubiger. 12) Beide Bestimmungen des § 344 HGB. stellen für die Gläubiger Rechtsvermutungen auf, von denen die zweite verschärft ist. Ein begrifflicher Unterschied besteht nicht; beide Bestimmungen sind innerlich ganz gleichartig. 13)

Der Gesetzgeber hat an eine Anwendung des § 344 HGB. auf den Fall des § 27 HGB. nicht gedacht; denn der § 344 HGB. ist aus dem alten Handelsgesetzbuch wörtlich übernommen. Im allgemeinen deut-

---

9) Z. P. O. § 292.

10) K. G. im Recht 1907, Nr. 1330. Vgl. auch R. O. H. G. Bd. 14, S. 286; R. G. vom 25. 4. 1913.

11) Düringer-Hachenburg, S. 246.

12) Aehnlich Zwade, S. 38.

13) Vgl. Bolte, S. 441; Stegemann S. 109; Goldmann, zu § 25 Anm. 1c; Makower, § 344 1b; R. G. Bd. 59, S. 216 ff.

schen Handelsgesetzbuche war aber der Erwerb eines Handelsgeschäftes von Todes wegen überhaupt noch nicht geregelt. Der § 344 HGB. enthält aber eine allgemeine Vorschrift, die für alle Fälle, wo ihre Anwendbarkeit erforderlich wird, Geltung haben muß, wenn sie auch nicht unter Berücksichtigung dieser besonderen Fälle erlassen wurde.

Zu diesem sachlichen Erfordernis tritt noch ein zeitliches hinzu; denn die Geschäftsverbindlichkeiten müssen „frühere" sein. Damit ist nicht gesagt, daß sie zu der Zeit, wo der Erblasser schon oder noch Geschäftsinhaber war, entstanden sein müssen. Auch solche Verbindlichkeiten, die von einem früheren Inhaber herrühren und auf den Erblasser übergegangen sind, gehören zu den „früheren" Geschäftsverbindlichkeiten. 14) Gleichgültig ist auch, ob sie beim Tode des Erblassers schon fällig oder noch bedingt oder betagt waren. Es kommt eben darauf an, ob die Verbindlichkeiten schon begründet wurden, bevor der Erbe begann, das Geschäft fortzuführen. Aus diesem Grunde werden auch all die Verbindlichkeiten vom § 27 HGB. betroffen, die in der Zeit vom Erbfalle bis zum Beginne der Fortführung durch den Erben von Dritten, die zur provisorischen Fortführung berechtigt waren, eingegangen sind. Es sind dies die schon vorher erwähnten Personen wie z. B. der Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter, Vorerbe und ausschlagende Erbe. Dies folgt schon zwingend aus dem Wortlaut des Gesetzes: „frühere Verbindlichkeiten", nicht steht dort Verbindlichkeiten des Erblassers. 15)

In welchem Verhältnis steht nun der im § 27 HGB. gebrauchte Terminus „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" zu dem in § 25 HGB. gebrauchten „im Betriebe des Geschäftes begründete Verbindlichkeiten des früheren Inhabers"? Beim Uebergang des Geschäfts unter Lebenden folgt der Erwerber des Geschäfts unmittelbar auf den früheren Inhaber, es ist keine Unterbrechung möglich. Beim Erbgange braucht sich aber, wie schon oben gesagt, die Geschäftsführung seitens des Erben nicht sofort an die des Erblassers anzuschließen, sondern es können in der Zwischenzeit noch andere Personen tätig sein. Die Situation ist im § 27 HGB. also etwas anders geartet, als im § 25 HGB., deshalb spricht der § 27 HGB. auch von einer „entsprechenden Anwendung" der Vorschriften des § 25 HGB. Der Grundgedanke ist in beiden Paragraphen derselbe, der Erwerber soll für diejenigen Geschäftsschulden haften, die beim Beginn seiner Geschäftsübernahme vorhanden sind. Ein begrifflicher Unterschied ist in beiden Fällen also nicht vorhanden.

14) Vgl. Thiele, S. 27.

15) Bolte, S. 449; Renkert, S. 36.

§ 6. Rechtsgrund und rechtliche Natur der Haftung nach § 27 HGB.

Der § 27 Abs. 1 HGB. besagt, daß unter den im § 5 dieser Arbeit behandelten Voraussetzungen auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 25 HGB. entsprechende Anwendung finden sollen. Die Tatbestände beider Paragraphen sollen also nach gleichen Gesichtspunkten beurteilt werden, natürlich unter Berücksichtigung der Abweichungen, die sich durch die verschiedene Natur beider Fälle ergeben. Aus der Bezugnahme des § 27 HGB. auf den § 25 HGB. ergibt sich, daß die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten sowohl für den Erwerber unter Lebenden, wie für den Erben von der Fortführung der Firma abhängig ist. Die Tatfrage, ob mit dem Geschäft auch die Firma vom Erben fortgeführt wird, kann Zweifel erregen, wenn der Erbe der Firma einen Zusatz beifügt. Diese sind im Geschäftsleben durchaus üblich und können sehr verschieden lauten. Dabei kommen Ausdrücke wie „Nachfolger“, „Erben“, „Witwe“, „Sohn“ usw. am häufigsten vor. Auch kann der Erbe seinen bürgerlichen Namen mit in die Firma aufnehmen, wobei die örtliche Anordnung gleichgültig ist, z. B. Erich Müllers Nachfolger Fritz Mayer oder Fritz Mayer vormals Erich Müller. Im letzteren Falle hat man es eigentlich mit einer neuen Firma zu tun, die auf den Vorgänger hinweist; trotzdem muß man nach der Verkehrsauffassung auch solche Firmenbezeichnungen als bisherige Firma ansehen. 1) Stimmt dagegen der Name des Erben mit dem des Erblassers überein, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob die bisherige oder eine neue Firma vorliegt. Bolte 2) und andere 3) nehmen an, die direkte Haftung entfiele, weil dies für den Erben das Günstigere sei. Hiergegen läßt sich aber anführen, daß der § 27 HGB. auch zum Schutze der Gläubiger geschaffen ist; diese aber erfahren wohl kaum von dem Erbfall, wenn der Erbe den Namen der Firma ohne einen Zusatz fortführt. Sie unterlassen vielleicht, ihre Ansprüche geltend zu machen, weil sie im Glauben sind, daß der Erblasser noch lebt. Dagegen ist es für den Erben ein Leichtes, durch Hinzufügen des Wortes „junior“ 4) die Schaffung einer neuen Firma anzudeuten und somit jeden Zweifel über den Charakter der Firma und somit über sei-

---

1) Vgl. Bolte, S. 433; Goldmann zu § 22 Anm. 4; Staub zu § 22 Anm. 11b; Opet in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49, S. 123; Matthisen, S. 20.

2) Bolte, S. 434.

3) Lehmann-Ring zu § 27 Anm. 4; Schwärzel, S. 41.

4) Zwar liegt in dem Zusatze „junior“ auch eine Bezugnahme auf den früheren Geschäftsnamen, doch dient dieses Wort in einer Firma nicht dazu, ein Nachfolgerverhältnis anzudeuten, sondern dazu, eine Verwechslung mit der bisherigen Firma zu verhüten.

nen Haftungswillen auszuschließen. Unterläßt der Erbe dies, so trifft ihn mit Recht die Haftung nach § 27 HGB. Wie schon vorher dargelegt, gehen die Geschäftsverbindlichkeiten schon mit den sonstigen Verbindlichkeiten des Erblassers als Vermögensbestandteile auf den Erben über, und der Erbe haftet, wie oben dargelegt, bereits nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für diese grundsätzlich unbeschränkt. Weshalb hat der Gesetzgeber die Haftung für die Geschäftsschulden im § 27 HGB. noch besonders normiert? Der Grund hierfür ist darin zu erblicken, daß der Erbe eines Handelsgeschäfts nicht besser gestellt sein sollte, als der Erwerber unter Lebenden. Deshalb hat der Gesetzgeber den § 27 HGB. dem § 25 HGB. angenähert und hier wie dort die unbeschränkte Haftung von der Firmenfortführung abhängig gemacht. Der Rechtsgrund dafür, daß die Fortführung der alten Firma für den Eintritt der Haftung das entscheidende Moment bildet, ist aus der Denkschrift klar zu ersehen. Hier heißt es: 5)

„Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person des Inhabers als Eigentümerin des Handelsvermögens und als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings nicht zutreffend, nichtsdestoweniger erscheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Uebergangs der Geschäftsschulden entgegenzukommen“.

Weiter steht dort: 6) „Der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze fortführe, erkläre dadurch die Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers, soweit wie möglich, einzutreten. Deshalb soll er auch die strenge Haftung des § 25 Abs. 1 HGB. auf sich nehmen“.

Hieraus ist klar zu ersehen, daß der Gesetzgeber zwischen der Verkehrsauffassung von der Selbständigkeit des Handelsgeschäfts und der juristischen Konstruktion desselben als eines nicht selbständig rechtsfähigen Vermögens vermittelt. Bolte sagt hierzu: 7)

„Der Gesetzgeber hat der Idee von der Rechtspersönlichkeit des Handelsgeschäfts nur für diejenigen Fälle Rechnung getragen, in denen sich ihre Konsequenzen — der Uebergang der Forderungen und Schulden — zugleich auf die Grundlage eines Willensaktes der Beteiligten stellen lassen“. Ein solcher Willensakt ist aber in der konkludenten Handlung der Fortführung des Geschäfts mit der alten Firma zu erblicken. Der Rechtsgrund der Haftung liegt sowohl beim § 27 als auch beim § 25 HGB. in der Fortführung des Geschäfts mit der früheren Firma. 8)

5) Denkschrift S. 38.
6) Denkschrift S. 39.
7) Bolte, S. 428.
8) Vgl. Stegemann, S. 105, 107.

Die im Gesetze getroffene Normierung der Haftung rechtfertigt sich auch aus folgenden Erwägungen. Die herrschende Ansicht faßt heute die Firma als bloßen Namen auf, d. h. als Mittel zur Individualisierung einer Person in ihren kaufmännischen Beziehungen. 9) Nun macht aber die Zulässigkeit der Uebertragung der Firma und die dadurch begründete erhebliche Abweichung von dem Prinzip der Firmenwahrheit einen Schutz der Geschäftsgläubiger notwendig. Wird nämlich die alte Firma womöglich noch ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortgeführt, so erfahren die Gläubiger unter Umständen nichts von dem Inhaberwechsel. Sie sind noch in dem Glauben, der alte Inhaber, zu dem sie großes Vertrauen hatten und der kreditwürdig war, führe das Geschäft, und sie unterlassen es deshalb, ihre Ansprüche geltend zu machen. Es kann dann vorkommen, daß die Vermögenslage des Schuldners sich so verschlechtert hat, daß die Gläubiger um ihre Forderungen kommen. Es mußte also im Interesse der Gläubiger eine Sicherheit geschaffen werden, und dies geschah durch die Haftung des Erwerbers für die früheren Verbindlichkeiten.

Als Rechtfertigungsgrund für die Haftung kann man auch anführen, daß die Fortführung der alten Firma erhebliche Vorteile bietet. Der Wert eines Handelsgeschäftes hängt zum großen Teil ab von der Kundschaft, den Lieferanten, dem Renommé usw., die das Geschäft besitzt. 10) Diese bleiben erfahrungsgemäß auch beim Inhaberwechsel erhalten, wenn die Firma beibehalten wird, während eine Aenderung der Firma auf deren ruhigen und steten Fortbestand störend einwirkt. Es ist also auch von diesem Gesichtspunkte aus recht und billig, daß der Erwerber der großen Vorteile auch zur Uebernahme der Nachteile verpflichtet wird.

Die Natur der unbeschränkten Haftung des § 27 HGB. ist in der Rechtswissenschaft bestritten. Während die einen sagen: es sei eine erbrechtliche Haftung, die gegenüber der des BGB. verschärft sei, behaupten die anderen: die Haftung aus § 27 habe mit der Erbenhaftung nach BGB. nichts zu tun, sondern sei eine besondere, durch die Fortführung des Geschäfts direkt entstehende Haftung.

Die Vertreter der ersten Meinung 11) führen an: die Vorschrift des § 27 sei in das System des bürgerlichen Erbrechts einzugliedern; die Haftung habe nur eine Ausgestaltung nach einer bestimmten Richtung, eine Verschärfung gegenüber den Geschäftsgläubigern erfahren. Diese Verschärfung bestände darin, daß die dem Erben im bürgerlichen

---

9) Staub zu § 17 Anm. 5.

10) Vgl. R. G. in J. W. 1901, S. 653; hier ist die Firma als Vermögenswert in die Bilanz eingestellt.

11) Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. 3bb; Goldmann, Festschrift S. 131; Lehmann-Ring zu § 27 Anm. 5; Meyer, S. 29-30; Jäger, S. 3.

Recht gegebenen Mittel, seine Haftung zu einer beschränkten zu machen und sich auf diese beschränkte Haftung den Geschäftsgläubigern gegenüber zu berufen, nicht in Frage kämen, sofern es sich um Geschäftsverbindlichkeiten handle. Für diese hafte er dann unbeschränkt, wenn auch im Falle des Erwerbs des Geschäfts unter Lebenden eine persönliche und unbeschränkte Haftung eintreten würde, also bei Fortführung der Firma. Ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe nach bürgerlichem Recht unbeschränkt hafte, trete bei Fortführung des Geschäfts unter den Voraussetzungen des § 27 HGB. die unbeschränkte Haftung ein. Für diese Auffassung spreche auch der Ausdruck „unbeschränkte Haftung" des Abs. 2, der derselbe sei, wie ihn das BGB. gebrauche.

Hiergegen läßt sich anführen, daß die im § 27 Abs. 2 gegebene Möglichkeit, den Geschäftsbetrieb innerhalb drei Monaten einzustellen und so den Eintritt der unbeschränkten Haftung zu v[illegible] ziehung zu den Maßregeln hat, durch die im Erbrech[illegible] Verwandlung seiner grundsätzlich unbeschränkten a[illegible] baren in eine unbeschränkte Haftung total ausschließen kann. (Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses). Die Einstellung des Geschäftsbetriebes ist eine vom Erbschaftserwerbe völlig unabhängige Tatsache. Daß aber trotzdem dadurch die unbeschränkte Haftung vereitelt wird, läßt deutlich erkennen, daß die Haftung des § 27 HGB. nicht mit der unbeschränkten Haftung des Erben nach Erbrecht identisch ist. 12) Daß wir es im § 27 HGB. nicht mit einer erbrechtlichen Haftung zu tun haben, ergibt sich auch aus dem Grunde ihrer Entstehung, denn sie wird fest begründet mit der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma. Die Haftung aber, die den Erben erst wegen der Fortführung trifft, kann keine erbrechtliche sein, weil sie durch eine vom Erbschaftserwerbe begrifflich vollkommen getrennte Tatsache, wie es die Fortführung der Firma ist, ins Leben gerufen worden ist. Es geht vielmehr daraus hervor, daß die Bestimmung des § 27 HGB. nichts als eine Anwendung des im § 25 HGB. ausgedrückten Prinzips auf den Sonderfall des Erbfalls ist. Die Haftung des § 27 HGB. ist also keine Modifikation der erbrechtlichen Haftung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, sondern sie ist selbständiger handelsrechtlicher Natur, 13) deshalb kann man sie auch mit Bolte im Gegensatze zur erbrechtlichen Haftung als direkte Haftung 14) bezeichnen.

Der Erbe, der das Geschäft mit der Firma fortführt, kann also für dieselbe Verbindlichkeit in zweierlei Weise aus verschiedenen Gründen haftbar gemacht werden. In seiner Eigenschaft als Erbe haftet er,

---

12) Vgl. Schulze, S. 34.

13) Staub § 27 Anm. 14; Bolte, S. 438; Thiele, S. 34-35; Schwärzel, S. 36 ff.; Zwade, S. 42; Cohn bei Gruchot Bd. 42, S. 62a.

14) Dieser Ausdruck soll in Zukunft beibehalten werden.

wie in § 2 dieser Abhandlung gezeigt ist, für die Verbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt. Als Fortführer der Firma haftet er weiter persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen. Letztere Haftung kann der Erbe nur mit handelsrechtlichen Mitteln beseitigen; tut er dies, so bleibt nur noch die erbrechtliche Haftung bestehen. Der nach § 27 HGB. direkt haftende Erbe kann auch die erbrechtliche Haftung abzweigen und zwar durch Herbeiführung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses. Die Folgen der verschärften Haftung zeigen sich in verschiedener Hinsicht. Je nachdem der Gläubiger den Erben aus der direkten oder aus der erbrechtlichen Haftung in Anspruch nehmen will, muß er gegen den Träger der betreffenden Haftung vorgehen. Im allgemeinen ist dies dieselbe Person. Ist jedoch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet, so muß die erbrechtliche Haftung gegen den Nachlaß- bezw. den Nachlaßkonkursverwalter geltend gemacht werden. So brauchen die Geschäftsgläubiger ihre Forderungen aus früheren Geschäftsverbindlichkeiten nicht anzumelden, wenn der Erbe ein Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragt. Dagegen hat der Erbe, der nach § 27 HGB. haftet, auch nicht die aufschiebende Einrede des § 2014 BGB.

Die Tatsache, daß die Haftung nach § 27 HGB. keine erbrechtliche Haftung, sondern eine rein handelsrechtliche, also eine Verschärfung über die Erbenhaftung nach BGB. hinaus ist, hat zur Folge, daß auch prozessuale Abweichungen gegenüber dem BGB. bestehen, obgleich die Zivilprozeßordnung für die Durchführung der Ansprüche aus dieser handelsrechtlichen Haftung keine besonderen Bestimmungen getroffen hat. Zunächst kann ein Erbe, der sich die beschränkte Haftung nach Erbrecht gesichert hat, nach § 27 HGB. aber unbeschränkt haftet, nicht die Aufnahme eines Vorbehaltes aus § 780 Z. P. O. ins Urteil verlangen; ebensowenig kann er Einwendungen aus § 781 Z. P. O. erheben, wenn die Zwangsvollstreckung nicht in das Nachlaßvermögen, sondern in sein eigenes Vermögen erfolgt. 15) Wird im Prozesse gegen den Erben unbeschränkte Haftung nach § 27 HGB. behauptet, so muß vom Prozeßgericht diese Frage entschieden und darf nicht dem Zwangsvollstreckungsverfahren zugewiesen werden. 16)

15) Goldmann, Festschrift, S. 131; eine ausführliche Behandlung der direkten Haftung im Prozeß, besonders über die Beweislast bei Bolte, S. 464—67.

16) So K. G. Bd. 88, S. 217; vgl. auch Staub, zu § 27 Anm. 4 14b.

§ 7. Ausschluß der direkten Haftung nach § 27 Abs. 2.

1. Der § 27 HGB. folgert nun nicht die Rechtswirkungen der direkten Haftung unbedingt, sondern gibt dem Erben in seinem Absatz 2 noch die Möglichkeit, auch bei Beibehaltung der alten Firma die direkte Haftung abzuwenden, dadurch, daß er innerhalb dreier Monate, nachdem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, die Fortführung des Geschäftes einstellt. Daneben kann der Erbe dann auch gleichzeitig die grundsätzlich unbeschränkte Haftung nach Erbrecht abwälzen. Diese Bestimmung hat den Zweck, dem Erben Zeit zu geben, damit er sich entscheiden kann, ob der Nachteil der Unbeschränkbarkeit seiner Haftung, die an die Firmenfortführung geknüpft ist, durch die Vorteile, die die Fortführung mit sich bringt, aufgehoben werden. 1) Es liegt dieser Bestimmung also ein ähnlicher Gedanke zugrunde, wie der „Ausschlagungsfrist“ im Erbrecht; sie ist eine Ueberlegungsfrist, ein spatium deliberandi. Mit dem Charakter der Einstellungsfrist als spatium deliberandi hängt es auch zusammen, daß den Erben während der Frist auf Grund der Firmenfortführung keinerlei Haftung trifft. Es fehlt eben an jedem Rechtsgrunde für eine besondere Haftung, weil der Erbe sich noch über die endgültige Haftung schlüssig machen soll. 2) Der Erbe haftet während der Frist für die Geschäftsschulden, also nur nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. 3) Zum Eintritt der direkten Haftung gehört eben noch ein zweites Moment. Die Fortführung des Geschäfts mit Firma muß den Zeitraum von drei Monaten überschritten haben; dann erst ist die Haftung des Erben für die Geschäftsschulden eine unbeschränkbare-direkte geworden. Wenn dagegen behauptet wird, daß bei Fortführung der Firma die direkte Haftung sofort eintrete, aber unter der auflösenden Bedingung der Einstellung der Fortführung innerhalb der bestimmten Frist, 4) so kann dem nicht beigetreten werden. Ebenso wäre es falsch, wollte man von einer aufschiebenden Bedingung sprechen. Hätte der Gesetzgeber eine Bedingung im Sinne gehabt, so hätte er einen anderen Wortlaut wählen müssen. Gerade der Wortlaut des § 27 HGB. Abs. 2: „Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht

1) Vgl. Denkschrift S. 39.

2) Vgl. Bolte, S. 447; Staub zu § 27 Anm. 15; Düringer-Hachenburg zu § 25 Anm. VI; Jäger, S. 3; Stegemann, S. 111.

3) Goldschmit zu § 27 Anm. 4.

4) Makower, S. 63b; Cosack, Lehrbuch 1903, S. 73 V 2; Pinner, S. 107; Lehmann-Ring zu § 27 Anm. 4.

ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablauf von drei Monaten nach dem Zeitpunkt in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird", spricht nur für die eine Auslegung, daß der Eintritt der unbeschränkten Haftung erst erfolgen soll, wenn die Frist abgelaufen ist ohne daß der Erbe die Fortführung des Geschäftes eingestellt hat. 5)

2. Die Einstellungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, „in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat" und endigt nach Ablauf von drei Monaten seit diesem Zeitpunkt, 6) gemäß der §§ 187 Abs. 1 und 188 Abs. 1 BGB. mit dem Ablaufe des Tages des dritten Monats, der in seiner Zahl dem Tage entspricht, an dem die Frist begann. Diese Frist, die also regelmäßig drei Monate beträgt, unterliegt aber mannigfachen Modifikationen. Die Fortführung der Firma während der Ausschlagungsfrist nimmt dem Erben nicht das Recht die ganze Erbschaft auszuschlagen, 7) woraus umgekehrt geschlossen werden muß, daß in der Firmenfortführung bis zum Ende der Einstellungsfrist keine Annahme der Erbschaft liegt. 8) Einstellungsfrist und Ausschlagungsfrist laufen also nebeneinander her, doch kann die erstere nicht vor Ablauf der letzteren endigen. Während die Einstellungsfrist zu ihrem Beginn nur die Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft verlangt, beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit dem Augenblick, wo der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat. 9)

Die Einstellungsfrist kann nun bedeutend verlängert werden; man denke z. B. an den Fall, wo der Erbe erst 5 Monate, nachdem er vom Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, den Berufungsgrund erfährt, so beginnt die Ausschlagungsfrist erst von diesem Augenblicke an zu laufen; die Einstellungsfrist würde in diesem Falle 5 Monate plus 6 Wochen dauern. Der Beginn der Ausschlagungsfrist kann ferner hinausgeschoben werden im Falle des § 1944 Abs. 2, S. 2 BGB., auch hier verlängert sich dann die Einstellungsfrist. Einen anderen Fall bietet noch der § 1944 Abs. 3 BGB., wo die Ausschlagungsfrist von 6 Wochen auf 6 Monate verlängert wird; der Ablauf der Einstellungsfrist wird auch hier um 3 Monate hinausgerückt. Eine besonders erhebliche Verschiebung der Ausschlagungsfrist kann gemäß § 2306 BGB. eintreten. Ist hiernach der Erbteil eines Pflichtteilsberechtigten größer als sein Pflichtteil, aber mit verschiedenen Beschwerungen und Beschränkungen

---

5) So auch Bolte, S. 446; Nelson, S. 67.

6) § 27 Abs. 2 HGB.

7) Dies folgt aus § 27 Abs. 2, S. 3.

8) Goldmann Gruchot Bd. 43, S. 135; Festschrift, S. 132; Stegemann, S. 120; Staub, zu § 27 Anm. 15; Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. V. 3; Goldschmit zu § 27 Anm. 4.

9) § 1944 BGB.

belastet, so kann der Erbe den Erbteil noch 6 Wochen später ausschlagen, als er von den Belastungen seines Erbteils Kenntnis erlangt hat. Die Einstellungsfrist endigt auch hier erst mit der Ausschlagungsfrist. 10)

Es sind aber nicht nur erbrechtliche Momente, die auf den Lauf der Einstellungsfrist einwirken; sondern sie kann auch verlängert werden auf Grund des § 27 Abs. 2 S. 2 HGB., der die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt. Der § 206 BGB. lautet: „Ist eine geschäftsunfähige, oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als 6 Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der 6 Monate. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist“.

Ist also der Erbe zur Zeit, wo er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und hört sein gesetzlicher Vertreter, der für ihn das Geschäft fortgeführt hat, auf, Vertreter zu sein, so endigt die Frist der Einstellung erst 3 Monate, 11) nachdem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist oder ein neuer gesetzlicher Vertreter bestellt ist. Es ist aber nicht nötig, daß gerade der Erbe zur Zeit des Beginns der Einstellungsfrist geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, sondern es kann auch der Fall eintreten, wo im Laufe der Einstellungsfrist der Erbe aus irgend einem Grunde entmündigt wird. Auch für diesen Fall endigt die Einstellungsfrist erst 3 Monate, nachdem entweder der Erbe die Geschäftsfähigkeit wiedererlangt hat oder ein gesetzlicher Vertreter für den Erben bestellt ist. 12) Zuletzt sei noch der Fall erwähnt, daß der Erbe selbst während der Einstellungsfrist stirbt. Nach Analogie des § 1952 Abs. 2 BGB., wonach sich die Ausschlagungsfrist des Erben um die für diese bestehende Ausschlagungsfrist verlängert, muß man dem Erben des verstorbenen Erben eine neue Frist von 3 Monaten — vom Tage der Kenntnis vom Erbanfall an ihn ab gerechnet — zur Einstellung der Fortführung geben. 13)

---

10) Vgl. Bolte, S. 455.

11) Dies muß aus dem zweiten Satze des § 206 gefolgert werden, indem man die Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 analog der Verjährungsfrist des § 206 setzt. Vgl. Riesenfeld, S. 113; Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. V. 2.; Staub zu § 27 Anm. 21.

12) Vgl. Bolte, S. 452 Anm. 42 gegen Düringer-Hachenburg, der die Anwendung des § 206 BGB. nur für den ersten Fall gelten lassen will, zu § 27 Anm. V. 2.

13) Vgl. Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. V, 1; Renkert, S. 65.

Der Moment der Kenntnisnahme ist also von ausschlaggebender Bedeutung, gleichgültig ist es, ob der Erbe das Geschäft selbst fortführt oder ein anderer. Ist z. B. sofort nach dem Erbfall gleich Nachlaßverwaltung angeordnet worden und hat diese den Zeitraum von drei Monaten überdauert, so hat der Erbe bei Fortführung des Geschäfts nach Beendigung der Nachlaßverwaltung keine Zeit mehr zu überlegen, ob er das Geschäft mit der Firma fortführen will oder nicht. Die Frist ist abgelaufen und die Rechtswirkungen treten sofort bei der Fortführung ein. Dies wird von Schwärzel 14) bestritten, der behauptet, daß der Abs. 2 des § 27 HGB. nur in Verbindung mit dem Abs. 1 zu betrachten sei. Hiernach sei zur Entstehung der direkten Haftung nötig, daß das Geschäft vom „Erben" fortgeführt werde. Dies sei aber bei der Nachlaßverwaltung nicht der Fall, 15) deshalb sei auch keine Einstellung in dem hier rechtlich erheblichen Sinne möglich. Weil aber keine Einstellung möglich sei, so könne eine Frist hierzu auch weder beginnen noch laufen. Dieser Folgerung Schwärzels muß widersprochen werden. Der Zweck, der der Einstellungsfrist zugrundeliegt, ist, dem Erben ein spatium deliberandi zu geben. Dieser ist auch bei der Nachlaßverwaltung erreicht; denn der Erbe hätte sich in der Zeit der Nachlaßverwaltung über den Stand und den Ruf der Firma genau informieren können; eine Ueberlegungsfrist braucht ihm deshalb nicht mehr zugute zu kommen. Gegen die Ansicht von Schwärzel spricht auch der Wortlaut des Gesetzes; denn nach Abs. 2 des § 27 HGB. beginnt die Frist schlechthin mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von dem Erbfall. 16) Wie einerseits die Einstellungsfrist läuft, ohne daß das Geschäft vom „Erben" fortgeführt wird, so kann andererseits auch der Fall eintreten, daß die Fortführung durch den Erben eingetreten ist, die Einstellungsfrist aber noch nicht läuft; man denke an den Fall, daß beim Tode des Erblassers das Geschäft vom Prokuristen fortgeführt wird, ohne daß der Erblasser den Erbfall erfahren hat, was ja als Fortführung durch den Erben gilt. 17)

3. Wie ist nun die Rechtslage während des Laufes der Einstellungsfrist? Eine direkte Haftung mit seinem Vermögen kommt für den Erben nicht in Frage. Machen dagegen die Gläubiger für frühere Geschäftsverbindlichkeiten Ansprüche aus der erbschaftlichen Haftung geltend, so kann er, solange seine Haftung noch nicht unbeschränkbar geworden ist, die Tatsache der Beschränkbarkeit seiner Haftung auf den Nachlaß geltend machen. Im Falle drohender Zwangsvollstreckung kann er gemäß § 780 Z. P. O. in das gegen ihn ergehende Urteil die Beschränkung aufnehmen lassen und nach § 781 Z. P. O. diese Beschrän-

---

14) Schwärzel, S. 47.

15) Siehe auch § 5 dieser Abhandlung.

16) Vgl. Staub zu § 27 Anm. 19; Bolte, S. 451.

17) Vgl. § 5 der Abhandlung.

kung bei der Zwangsvollstreckung geltend machen. Rechtshandlungen, die während dieser Frist vom Erben vorgenommen werden, sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. 18) Führt der Erbe das Geschäft vorläufig fort und schlägt er später die Erbschaft aus, so ist er nach § 1953 Abs. 1 BGB. garnicht Erbe geworden und konnte somit garnicht rechtsgültig über die Nachlaßgegenstände verfügen. Für Rechtshandlungen, die während dieser Zeit vorgenommen worden sind, gelten nun die Vorschriften des § 1959 Abs. 2 und 3 BGB. Diese Vorschriften bezeichnen einerseits den Umfang der Verfügungsmacht des einstweiligen Erben, andererseits regeln sie das Rechtsverhältnis zwischen dem provisorischen und definitiven Erben. Der Erbe darf nur solche Verfügungen vornehmen, die „nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnten“. 19) Eine Ueberschreitung dieser eng begrenzten Vertretungsmacht des Erben verpflichtet diesen persönlich, wenn er die Erbschaft ausschlägt. 20) Ob eine Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte, ist eine nach richterlichem Ermessen zu entscheidende Frage des konkreten Falles. 21) Verbindlichkeiten, die keinen Aufschub erleiden konnten und von dem provisorischen Erben vorgenommen sind, sind Nachlaßverbindlichkeiten, für die der definitive Erbe den Gläubigern haftet. Staub 22) will auf Grund des § 27 Abs. 2 HGB. dem vorläufigen Erben eine allgemeine Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Fortführung eingeräumt wissen. Zu dieser Annahme liegt kein Grund vor, denn von einer solchen Ermächtigung ist weder im § 27 Abs. 2 HGB. noch im § 1959 Abs. 2 BGB. die Rede. 23) Ueber letzteren Paragraphen besagen die Motive gerade das Gegenteil. Es sei bei § 1959 BGB. vermieden worden, eine Vorschrift des Inhalts zu treffen, daß der vorläufige Erbe auf die Erbschaft greifen und sie verwalten könne. 24) Es solte dadurch dem Mißver-

---

18) Stein zu § 27 Anm. 28.

19) § 1959 Abs. 2 BGB.

20) Vgl. Staub zu § 27 Anm. 28; Düringer-Hachenburg, zu § 27 Anm. 13; Kretzschmar, Anm. 10; Wachsner in L. Z. 1910, S. 381; Jäger, S. 4 behauptet, daß der vorläufige Erbe für diese Verbindlichkeiten den Nachlaßgläubigern nur nach dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag hafte, was sich aus den §§ 1978, 1991, 2013 BGB. ergebe. In diesen Paragraphen handelt es sich aber nur um die Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern, während es sich in unserem Falle um die Haftung gegenüber dem Vertragsgegner handelt. Vgl. auch K. G. Bd. 72, S. 121.

21) Vgl. Staudinger, zu § 1959 Anm. 3a; Komm. d. K. G. zu § 1959 Anm. 4.

22) Vgl. Staub zu § 27 Anm. 28.

23) Vgl. Goldmann Komm. zu § 27 Anm. 4; Staudinger zu § 1959 Anm. 3a; Komm. d. R. G. R. zu § 1959 Anm. 4.

24) Motive Bd. 5, S. 536.

ständnisse vorgebeugt werden, daß ein Erbe, der noch ausschlagen könne, durch das Gesetz ermächtigt sei, die Erbschaft für sich innezuhaben und zu verwalten. 25)

Der Dritte, der während des Provisoriums mit dem ausschlagenden Erben kontrahiert hat, ist neben den Vorschriften des § 1959 Abs. 2 und 3 BGB. auch noch durch seinen guten Glauben, 26) den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, 27) und durch die Vermutung für die Richtigkeit des Erbscheins 28) geschützt. 29) Der vorläufige Erbe ist dem endgültigen Erben für die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte gemäß § 1959 Abs. 1 BGB. wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet. 30) Die Aufwendungen, die der definitive Erbe dem vorläufigen Erben zu ersetzen hat, sind für ihn Verbindlichkeiten im Sinne des § 1967 Abs. 2 BGB.; sie sind also als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen. 31)

Einfacher ist die Rechtslage, wenn der provisorische Erbe die Erbschaft annimmt. In diesem Falle sind alle Rechtshandlungen, die er bis zur Annahme vornimmt, rechtsgültig. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er bei Vornahme der Rechtshandlungen noch nicht Erbe war. Die aus solchen Rechtshandlungen entstandenen Verbindlichkeiten sind als Nachlaßschulden anzusehen; deshalb haftet der Erbe unbeschränkt aber beschränkbar. 32)

4. Will der Erbe eines Handelsgeschäfts die unbeschränkte Haftung nicht übernehmen, so muß er die Fortführung des Geschäfts innerhalb der Einstellungsfrist einstellen. Voraussetzung für die Einstellung ist, daß der Erbe die Fortführung des Geschäfts begonnen hatte. Es fragt sich jetzt, wie die Einstellung zu erfolgen hat. Hierüber herrscht in der Literatur ein großer Streit, und es ist bis heute zu einer Einigkeit noch nicht gekommen. Die Ansichten hierüber lassen sich in zwei Meinungen zusammenschließen, die sich schroff gegenüberstehen.

Ein Teil der Schriftsteller behauptet, daß darin das Erfordernis des völligen Aufgebens des Geschäftsbetriebes, also eine Auflösung des ganzen Organismus liege. 33) Diese Ansicht ist m. E. zu weitgehend. Ein haftungsbegründendes Moment liegt, wie vorhin 34) gezeigt, in der Fortführung des Geschäfts mit der Firma. Es kommt also auf die Firmenfortführung mit oder ohne das Nachfolgeverhältnis andeutenden

---

25) Vgl. Zwade, S. 56.
26) §§ 932 ff. BGB.
27) § 892 BGB.
28) §§ 2365, 2366 BGB.
29) Staub zu § 27 Anm. 28; Mot. z. BGB. Bd. V, S. 538.
30) §§ 677 ff. BGB bis §§ 678 und 683 BGB.
31) Vgl. Goldmann, Festschrift S. 133.
32) Siehe § 1978 BGB., der über die Rechtslage bei Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs Auskunft gibt.

Zusatz, nicht auf die Fortführung des Geschäfts schlechthin an. Hieraus muß doch notwendig gefolgert werden, daß die direkte handelsrechtliche Haftung durch die Einstellung der Fortführung des Geschäfts mit der bisherigen Firma, nicht des Geschäfts schlechthin, beseitigt wird. Der Abs. 2 des § 27 HGB. muß dahin interpretiert werden: „die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB. tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma eingestellt wird,“. Es genügt somit die Einstellung der Fortführung der bisherigen Firma zur Erfüllung der im § 27 Abs. 2 HGB. verlangten Einstellung. Unter „Fortführung“ im § 27 Abs. 2 HGB. muß auch diejenige Fortführung verstanden werden, die nach § 27 Abs. 1 in Verbindung mit § 25 HGB. die Haftung des Erben unbeschränkbar macht. Fehlt ein Erfordernis des durch die entsprechende Anwendung des § 25 vollständigen Tatbestandes des § 27 Abs. 1 HGB. bei Ablauf der Einstellungsfrist, so tritt die Haftung nicht ein. Dieses Resultat entspricht auch viel mehr dem Charakter der Einstellungsfrist als Ueberlegungsfrist. Jede erdenkliche Art der Verwertung des Geschäfts muß dem Erben offen bleiben. Er darf nicht vor die Alternative gestellt werden, entweder das Geschäft ganz einzustellen und so ein lebensfähiges Handelsgeschäft, das einen hohen wirtschaftlichen Wert hat, zu zerstören, oder die direkte Haftung nach § 25 Abs. 1 zu übernehmen. 35) Aus dem Erwähnten ergibt sich auch, daß eine Veräußerung des Geschäfts während der Einstellungsfrist eine Einstellung bedeutet, weil hier nicht der Erbe, sondern ein Dritter fortführt. Staub 36) will in diesem Falle den Erben haften lassen. Nach seiner Ansicht sei in der Veräußerung der Wille des Erben zu erblicken, das Geschäft endgültig fortzuführen. Es sei auch kein Grund vorhanden, dem Erben die Nachteile der Fortführung abzunehmen, weil er ja durch die Veräußerung die Vorteile dauernden Weiterbetriebs einheimse. Staub meint also, daß der das Geschäft veräußernde Erbe durch den ihm gezahlten Kaufpreis indirekt durch die Weiterführung des Geschäfts Vorteile einheimse. Das ist nicht abzustreiten. Es fragt sich aber, ob darin ein gesetzlicher Grund liegt, dem Erben deshalb die handelsrechtliche Haftung aufzubürden. Dies wäre anzunehmen, wenn aus

---

33) Staub zu § 27 Anm. 22; Lehmann-Ring, zu § 27 Anm. V; Cosack, S. 56 V; Schulteß, S. 30; Schulze, S. 45.

34) Vgl. § 7 der Abhandlung.

35) Vgl. Bolte, S. 447 ff.; Cohn, S. 63; Makower zu § 27 IVa 2; Stegemann, S. 111; Schwärzel, S. 44; Pinner, S. 107 ff.

36) Staub zu § 27 Anm. 24; Goldschmit zu § 27 Anm. 4; Echarti in L. Z. 1913, S. 664; Lehmann-Ring zu § 27 Nr. 5; Schulze, S. 45; a. A. Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. 11; Goldmann zu § 27 Anm. 2 IV; Stegemann, S. 113; Renkert, S. 70 ff.

dem Vorteil des Erben den Geschäftsgläubigern gleichzeitig ein Nachteil entstehen würde. Das trifft aber nicht zu. Reicht der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger aus, so sind sie ja gesichert. Bei einer Ueberschuldung des Nachlasses stehen den Gläubigern Mittel genug zur Verfügung, sich den Vorteil aus der Veräußerung des Geschäfts zu sichern. Der Erwerber haftet den Gläubigern, weil ein Erwerb unter Lebenden vorliegt, nach § 25 Abs. 1 HGB., wenn nicht die Haftung nach § 25 Abs. 2 durch abweichende Vereinbarung ausgeschlossen ist. Daneben bleibt der Erbe nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts den Gläubigern noch solidarisch verpflichtet. Allerdings würde ihm die Verjährungsfrist nach § 26 HGB. zugute kommen. Staub kann mit diesem Argument also nicht durchdringen.

Für die Ansicht von Staub spricht allerdings auch das Reichsgericht, 37) das in der Veräußerung des Geschäfts mit Firma keine Einstellung des Geschäfts im Sinne von § 27 Abs. 2 HGB. sieht. In der Begründung heißt es: „Nur die völlige Aufgabe des Geschäfts oder der Firma lassen nach außen erkennen, daß die Firma, unter der die Verbindlichkeiten eingegangen sind, nicht mehr besteht, und geben dadurch den Geschäftsgläubigern einen besonderen Anlaß ihre Rechte wahrzunehmen. Dagegen ist die Uebertragung des Geschäfts mit Firma auf einen Dritten nicht geeignet, der Annahme der Kontinuität der alten Geschäftsbeziehungen Vorschub zu leisten“. Hier spricht das Reichsgericht nur von einer Veräußerung mit Firma. Wir können daraus folgern, daß bei einer Veräußerung ohne Firma, auch nach Ansicht des Reichsgerichts eine Einstellung vorliegt; denn sonst wäre eine Unterscheidung zwischen Veräußerung mit oder ohne Firma unerklärlich. Zugegeben werden muß, daß bei einer Veräußerung mit der Firma nach außen hin der Eindruck von der Kontinuität der alten Geschäftsbeziehungen erweckt wird. Der Nachteil, der hieraus für die Gläubiger entsteht, wird aber gerade wieder durch die Veräußerung beseitigt, denn der Erwerb ist ein solcher unter Lebenden, und der Käufer haftet, weil er die Firma fortführt, nach § 25 Abs. 1 HGB., also unbeschränkbar; die Gläubiger sind vollkommen gesichert. 38) Unsere Ansicht, nach der die direkte Haftung erst dann eintritt, wenn beim Ablauf der Einstellungsfrist noch sämtliche Tatbestandmerkmale des § 27 Abs. 1 HGB. vorliegen, läßt sich vollauf vertreten, und sie verdient der von Staub vertretenen Meinung vorgezogen zu werden. Die Einstellung des Geschäfts — auch im Sinne von Auflösung — hat mit der Ausschlagung der Erbschaft nichts zu tun. Der Erbe bleibt auch nach der Auflösung Erbe an den zum Handelsgeschäft gehörenden Gegenständen. 39)

---

37) R. G. Bd. 56, S. 199.

38) Vgl. Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. 11; Goldmann, zu § 27 Anm. 2 IV.

39) Staub zu § 27 Anm. 22.

Andererseits liegt in der endgültigen Fortführung des Geschäfts auch die Annahme der Erbschaft. Der Erbe verliert nun die Möglichkeit, den Geschäftsgläubigern gegenüber die beschränkte Haftung geltend zu machen, dagegen wird er nicht unbeschränkt haftender Erbe für die gesamten Nachlaßverbindlichkeiten. Er kann deshalb noch Nachlaßverwaltung beantragen, 40) allerdings bleibt sowohl diese als auch eine nunmehrige Aenderung oder Ablegung der Firma ohne Einfluß auf die Geschäftsgläubiger. 41)

---

40) § 2013 Abs. 2 BGB.

41) Vgl. Riesenfeld, S. 115-16.

§ 8. Die Bedeutung des § 25 Abs. 2 für den § 27 HGB.

Wie schon vorhin erwähnt, bleibt beim Erwerbe eines Handelsgeschäftes unter Lebenden neben dem Erwerber, auch wenn dieser die Firma fortführt, der Verkäufer für die Geschäftsverbindlichkeiten den Gläubigern als Gesamtschuldner verpflichtet. Dagegen gelten die im Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen. Der Abs. 2 des § 25 hat nun eine Bestimmung getroffen, daß die Parteien eine abweichende Bestimmung treffen können, durch die sie die gesetzlichen Folgen der Firmenfortführung sowohl in Bezug auf die Schuldenhaftung als auch hinsichtlich des Forderungsüberganges beseitigen können. Die Schuldenhaftung des Erwerbers kann demnach nur beseitigt werden auf Grund einer Vereinbarung mit dem Veräußerer, die im Handelsregister einzutragen und bekanntzumachen oder vom Erwerber oder Veräußerer dem Dritten mitzuteilen ist. 1) Eine solche Vereinbarung ist beim Erbfall in der Regel nicht möglich, und so fragt es sich, ob der Abs. 2 des § 25 auf den § 27 HGB. entsprechende Anwendung findet. Hierüber herrscht in der Literatur lebhafter Streit.

Die eine Richtung lehnt eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 HGB. vollkommen ab und glaubt, daß der Gesetzgeber hierfür im Abs. 2 des § 27 Ersatz geschaffen habe. 2)

Andere wollen die Anwendung des Abs. 2 des § 25 HGB. auf die Fälle beschränken, in denen die geforderte Vereinbarung zwischen Erben und Erblasser in Form eines Erbvertrages vorliegt. 3) Wieder andere wollen die Bestimmung stets gelten lassen, es sei denn, daß sie durch Testament, Erbvertrag oder Auflage ausgeschlossen sei. 4) Dieser Meinung schließen wir uns an.

Für sie spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes; denn im § 27 Abs. 1 heißt es, daß der § 25 HGB. entsprechende Anwendung finden soll, somit also auch die Bestimmung des Abs. 2; denn sonst hätte diese

---

1) § 25 Abs. 2 HGB.

2) Lehmann-Ring zu § 27 Anm. 6; Cohn bei Gruchot, Bd. 42, S. 63; Goldmann zu § 27 Anm. IIe; Nelson, S. 77; Riesenfeld, S. 20 u. 115; Pinner, S. 100.

3) Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. 6; Makower, S. 132; Händel, S. 64-65;

4) Staub zu § 27 Anm. 11; Goldschmit zu § 27 Anm. 2; Bolte, S. 462 ff.; Langen im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 23, S. 417; Ritter zu § 27 Anm. 3; Brand, S. 109; Boehm Gruchot Bd. 42, S. 422; Zwade, S. 47 ff.; Thiele, S. 44 ff.

ausgeschlossen werden müssen. Zwar ist hier von einer Vereinbarung die Rede, die beim Erbfall nur vereinzelt vorkommt, wie z. B. im Erbvertrag oder auch in einer testamentarischen Verfügung, die durch Annahme der Erbschaft zur Vereinbarung wird. 5) Die Tatsache nun, daß trotzdem der Abs. 2 des § 25 HGB. nicht ausgeschlossen worden ist, obschon dem Gesetzgeber nicht entgangen sein konnte, daß in der Regel beim Erwerb eines Handelsgeschäfts im Erbgang keine Vereinbarung vorliegt, beweist, daß auf die Vereinbarung nicht das entscheidende Gewicht gelegt werden darf. An die Stelle einer Vereinbarung tritt hier, da doch die Bestimmung des § 25 Abs. 2 HGB. nur „entsprechende" — das soll heißen, dem besonderen Tatbestande bei Vererbung eines Handelsgeschäfts angepaßte — Anwendung finden soll, eine einseitige Erklärung des Erben, daß er die unbeschränkte Haftung nicht übernehme. Der Erbe kann also durch bloße Erklärung gemäß § 25 Abs. 2 HGB. die Praesumptio der Schuldübernahme, die das Gesetz an die Fortführung der Firma knüpft, entkräften. 6) Staub 7) und Bolte 8) behaupten nun, daß durch die Erklärung der Erbe nur seine der gesetzlichen Präsumption entgegengesetzte Rechtslage 9) bekannt gebe; nicht die Erklärung bringe den Vorteil, sondern dieser sei eine Folge der Rechtslage an und für sich. Die Erklärung wirkte nur deklaratorisch, der Erbe verwahre sich damit nur dagegen, eine weitere Haftung zu übernehmen, als sie durch diese Rechtslage im Sinne des Gesetzes bedingt sei. 10)

M. E. hat die Mitteilung nicht nur deklaratorische Wirkung, sondern sie trägt einen selbständigen, rechtlichen Charakter. In einer Reichsgerichtsentscheidung vom 12. Oktober 1907 heißt es:

„Die Mitteilung, daß bei einer gemäß § 25 Abs. 1 HGB. erfolgten Geschäftsübernahme die Schulden nicht mit übernommen seien, ist zwar zunächst die Mitteilung einer Tatsache, nämlich die Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Mitteilung zugleich den Charakter des Rechtsgeschäfts trägt, d. i. einer Willenserklärung, welche Rechtsfolgen herbeiführen soll und kann". Hier ist über den rechtlichen Charakter der Mitteilung unzweideutig ausgesprochen, daß sie eine Willenserklärung darstellt, die geeignet ist, die

---

5) Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. 5.

6) Vgl. Ritter zu § 27 Anm. 3; Bolte, S. 462.

7) Staub zu § 27 Anm. 11.

8) Bolte, S. 458 ff.

9) Hiergegen Düringer-Hachenburg zu 27 Anm. II, der behauptet, daß die unbeschränkte Haftung des § 25 Abs. 1 nicht auf der „Vermutung", daß der Erwerber des Geschäfts zum persönlichen Einstehen für die Geschäftsverbindlichkeiten bereit sei, beruhe, sondern diese trete kraft Gesetzes ein.

10) Vgl. Stegemann, S. 117—119.

Praesumptio der Schuldübernahme zu widerlegen. Der Vorteil ist also nicht, wie Staub und Bolte annehmen, eine Folge der Rechtslage an und für sich; sondern der selbständige rechtliche Charakter der Mitteilung verschafft dem Erben den Vorteil. Auf die Vereinbarung, die beim Geschäftserwerb unter Lebenden vorangeht, kommt es nicht an. Es liegt also kein Grund vor, deshalb die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 HGB. für unseren Fall zu verneinen, weil hier keine Vereinbarung vorangegangen ist. 11)

Die Gegner führen für ihre Ansicht neben dem Wortlaut des § 25 Abs. 2 HGB. noch an, daß der Text des § 27 Abs. 2 HGB. gegen eine Anwendung der Bestimmung spreche, denn hier würde der Abs. 1 des § 25 HGB. für anwendbar erklärt, ohne der nach § 25 Abs. 2 HGB ebensogut möglichen zu gedenken. Hiergegen ist mit Thiele 12) zu sagen, daß im § 25 Abs. 2 HGB. dem Erben Mittel zum Anschlusse der direkten Haftung gewährt werden, daß hier aber keine Vorschrift über die direkte Haftung gegeben ist, diese wird nur in Abs. 1 des § 25 HGB. statuiert. Deshalb konnte der Abs. 2 des § 27 HGB. den Abs. 2 des § 25 HGB. garnicht erwähnen.

Für die Anwendung der Bestimmung des § 25 Abs. 2 HGB. sprechen auch noch rechtspolitische Gründe. Beim Geschäftsübergang unter Lebenden sind die Gläubiger zwar in der Lage, den Veräußerer zu belangen, wenn der Erwerber die Geschäftspassiva nicht trägt. Für die Gläubiger tritt dann aber der Verlust eines Teils der realen Grundlage ihres Kredits ein. Es kann sogar soweit kommen, daß die Vorteile der Haftung des Veräußerers völlig wertlos werden, wenn nämlich der frühere Geschäftsinhaber zahlungsunfähig ist. Beim Geschäftsübergang von Todes wegen sind die Gläubiger aber immer gedeckt, denn der Erbe haftet ihnen, auch wenn er die direkte Haftung ausschließt, nach bürgerlichem Recht grundsätzlich unbeschränkt. Dem Vorteile, den die Gläubiger beim Geschäftsübergang nach § 25 HGB. genießen, steht also die grundsätzliche unbeschränkte Haftung nach bürgerlichem Rechte vollauf gleich. Eine gänzliche Verneinung des Abs. 2 vom § 25 HGB. würde öfters zu großen Unbilligkeiten und Härten führen. Man denke z. B. an den einen Fall, wo der Erbe schon zu Lebzeiten des Erblassers größere Summen in das Geschäft gesteckt hat. Den Geschäftsgläubigern ist dadurch ein Vorteil erwachsen. Soll nun der Erbe, der doch in engster Beziehung zum Geschäfte steht, vor die Wahl gestellt werden, entweder das Geschäft einzustellen oder aber die direkte Haftung zu übernehmen? Außerdem sind die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB. nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch — worauf Müller-Erzbach 13) hinweist — im Interesse der Wert-

11) Thiele, S. 45.

12) Ebenda, S. 45.

13) Vgl. Schwärzel, S. 54.

erhaltung geschaffen. Ein lebensfähiges Unternehmen soll mit seinen wirtschaftlichen und idealen Werten erhalten bleiben, selbst wenn es zum Teil auf Kosten der Gläubiger geht.

Die entsprechende Anwendnug des § 25 Abs. 2 fällt aber ohne weiteres fort, wenn der Erbe, sei es durch Auflage oder Erbvertrag, oder auch gemäß Testament, verpflichtet ist, die Passiven zu übernehmen.

Wie steht es nun mit der zeitlichen Begrenzung dieses Rechtes des Erben? Im § 25 Abs. 2 HGB. ist keine Zeitbestimmung getroffen, was sich für den Fall bei Uebergang eines Handelsgeschäftes unter Lebenden auch erübrigte; denn hier liegt es im Wesen des Uebergangs, daß die Vereinbarung sofort mit der Uebergabe des Geschäfts getroffen wird. 14) Anders ist es aber beim Erben. Wäre diesem keine Frist gestellt, so könnte er noch nach Ablauf der Einstellungsfrist sein Recht zum Nachteil der Gläubiger geltend machen.

Sicher ist nun, daß mit Ablauf der Einstellungsfrist der Erbe sich erklärt haben muß, was sich aus dem Wesen der Vorschrift des § 27 HGB. ergibt. Ein späteres Vorgehen des Erben wäre in fraudem legis. 15) M. E. muß der Erbe die Erklärung genau wie beim Erwerb unter Lebenden unverzüglich abgeben, d. h. innerhalb knapper Zeit, nachdem er den Erbfall erfahren hat. 16) Dies folgt zunächst aus der entsprechenden Anwendung des Abs. 2 § 25 HGB. Andernfalls hätte die Bestimmung des Abs. 2 § 27 HGB. wenig Bedeutung, denn hätte der Erbe neben dem § 27 Abs. 2 HGB. auch noch die Möglichkeit durch einfache Erklärung seine Haftung auszuschließen, so würde der Fall des § 27 Abs. 2 HGB. wohl nie praktisch werden, denn der Erbe würde immer zum einfachen Mittel greifen, durch einfache Erklärung die Haftung abwälzen und daneben die Vorteile der Firmenfortführung genießen. Diese Erwägung dürfte dem Gesetzgeber nicht entgangen sein und wir müssen daher annehmen, daß er eine befristete Erklärungsmöglichkeit dem Erben nicht geben wollte.

Erklärt der Erbe nun bei Kenntnis von dem Erbfall unverzüglich, daß er die direkte Haftung ablehne, so ist darin aber zugleich eine Kundgebung des Erben zu erblicken, daß er das Geschäft unter der alten Firma weiterführen will, er nimmt damit gleichzeitig die Erbschaft als solche endgültig an Dies ist für den Erben eine günstige Lösung, wenn er sich zum sofortigen Antritt der Erbschaft entschlossen hat, weil die direkte handelsrechtliche Haftung garnicht eintritt. Ist er sich aber über den Bestand der Erbschaft im unklaren, so kann er das Geschäft mit der Firma vorläufig weiterführen und sich über den Bestand des Geschäfts

---

14) Vgl. Staub zu § 25 Anm. 18; K. G. in J. W. 1904 S. 89; 1911, S. 66040; im „Recht“ 1908 Nr. 3890; Anderer Ansicht Cohn in Gruchot Bd. 42, S. 52.

15) Vgl. Bolte, S. 463; Stegemann, S. 118.

16) Vgl. Zwade, S. 49.

genau informieren und dann nach § 27 Abs. 2 HGB. verfahren. Der Erbe hat also nach u. A. die Wahl, entweder unverzüglich zu erklären, die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten nicht übernehmen zu wollen oder das Geschäft fortzuführen mit dem Nachteil, es etl. einstellen zu müssen. Was die Form der Erklärung betrifft, so ist sie gegen jedermann wirksam, wenn sie ins Handelsregister eingetragen und im Amtsblatt und Reichsanzeiger bekanntgemacht ist. Die Anmeldung muß entweder persönlich oder in öffentlich beglaubigter Form erfolgen. 17) Sie gilt mit dem Ablaufe des Tages als erfolgt, an dem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist. 18) Will der Erbe die direkte Haftung nur gegenüber bestimmten Gläubigern ausschließen, so hat er die Möglichkeit, seine Erklärung den betreffenden Gläubigern gegenüber abzugeben.

17) § 11 HGB.
18) § 10 HGB.

§ 9. Die Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma.

Dem Erben steht es frei, die alte Firma fortzuführen oder eine neue anzunehmen. Entschließt er sich für das letztere, so ist die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 3. HGB. gegeben. Eine direkte Haftung für den Erben tritt demnach nur ein, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. In der Regel bleibt es also bei der erbrechtlichen Haftung nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Der Erbe haftet grundsätzlich unbeschränkt; er kann aber seine Haftung durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses auf den Nachlaß, zu dem auch das Geschäft und die Geschäftsverbindlichkeiten gehören, beschränken.

Sofern allerdings ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, tritt die direkte Haftung unmittelbar mit der Bekanntmachung durch den Erben ein, und die Geschäftsgläubiger können ihre Ansprüche sofort geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob die erbrechtliche Ausschlagungsfrist noch läuft. 1) Die Bekanntmachung muß in „handelsüblicher Weise" geschehen. Was nun handelsüblich ist, darüber entscheidet die Handelssitte. Die Kundgebung muß ferner eine gewollte und ausdrückliche sein. Eine derartige Bekanntmachung ist nicht in der einfachen Kundgabe des Erben, daß er das Geschäft übernommen habe, zu erblicken. 2)

Wie aus einer Reichsgerichtsentscheidung 3) zu entnehmen ist, genügt ebenfalls nicht die Buchung der früheren Geschäftsschulden als eigene, sofern die Gläubiger nicht von dem Erben oder von einem Dritten, der mit Willen des Erben die Mitteilung macht, 4) in Kenntnis gesetzt worden sind. Das Gesetz besagt ausdrücklich, daß eine Bekanntmachung zu erfolgen habe. Diese kann vor sich gehen durch Erklärung zum Handelsregister zwecks Eintragung und Bekanntmachung, ferner durch Annoncen, durch Anschlag in der Börse, durch Versenden von Zirkularen. 5) Eine handelsübliche Bekanntmachung liegt ferner vor, wenn sie an eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern erfolgt, daß daraus zu erkennen ist, der Erbe wolle allen Gläu-

---

1) Vgl. Bolte, S. 467; Staub zu § 27 Anm. 8.

2) Staub zu § 25 Anm. 26; Cosack § 14, S. 54.

3) R. G. Bd. 50, S. 120.

4) R. G. Bd. 38, S. 177.

5) Vgl. Staub zu § 25 Anm. 27; Bolze, S. 16 Nr. 314.

bigern haften. 6) Einzelne Gläubiger, die keine Nachricht erhalten haben, können sich ebenfalls auf die Haftung berufen. Macht der Erbe dagegen nur einzelnen Gläubigern bekannt, daß er die Haftung übernehme, so können die übrigen für sich daraus keine Berechtigung herleiten. 7) Diejenigen Gläubiger, welche die Bekanntmachung erhalten haben, können sich darauf berufen. Einer besonderen Annahme bedarf es nicht, weil die Gläubiger nur Rechte erwerben; ihr Schweigen muß nach den Anschauungen des Handelsstandes als Annahme gelten. 8)

Die handelsübliche Bekanntmachung der Passivübernahme hat der Gesetzgeber durch den § 25 Abs. 3 HGB. erst zum Verpflichtungsgrund erhoben. Die Worte des Gesetzes könnten allerdings zur Annahme verleiten, daß nur die wirklich inter partes erfolgte Uebernahme der Verbindlichkeit zusammen mit der Kundmachung dieser Uebernahme die Haftung bewirke. Das war aber nicht gemeint. Das Gesetz wollte einen selbständig wirkenden Verpflichtungsgrund schaffen. Es liegt eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung vor und nicht die Mitteilung einer bloßen Tatsache. Die Verpflichtung des Erben hat ihren rechtlichen Grund nicht in einem Vertrage des Erben mit den Gläubigern, sondern in der positiv rechtlichen Vorschrift. Der Willenserklärung des Erben ist durch besondere Vorschrift die Wirkung beigelegt, daß er sich rechtsgültig verpflichtet, wogegen eine derartige Bindung sonst doch nur durch einen Vertrag zustande kommt. Das Gesetz hat damit ein schon längst in der Judikatur 9) geltendes Gewohnheitsrecht kodifiziert. 10)

---

6) R. G. K. Bd. 38, S. 177; Pisko in Ehrenbergs Handb. Bd. 2, S. 253.

7) Staub zu § 27 Anm. 27.

8) So R. G. im „Recht" 1921 Nr. 631. Dagegen will Pisko in Ehrenburgs Handbuch, Bd. 2, S. 254 dies nur anerkennen, wenn die Gläubiger nach Form und Inhalt der Mitteilung annehmen konnten, daß diese im Wege einer handelsüblichen Bekanntmachung erfolgt sei, oder eine Annahmeerklärung abgegeben haben.

9) R. O. H. G. Bd. 1 Nr. 18; Bd. 21, S. 233; R. G. Bd: 17, S. 98; Bd. 38, S. 176.

10) So Pisko in Ehrenbergs Handbuch Bd. 2, S. 253; Staub zu § 25 Anm. 29; Bolte, S. 467; Lehmann-Ring zu § 25 Anm. 10. Früher war die Ansicht vertreten, daß diese Anzeige eine Vertragsofferte sei. Die Annahme der Offerte werde fingiert. Auch wurde die Ansicht vertreten, daß diese Erklärung ein einseitig bindendes Versprechen sei. Durch ein solches Versprechen kann aber ein Forderungsrecht ohne Annahme nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen nicht erzeugt werden.

Neben dieser handelsüblichen Bekanntmachung der Passivübernahme gibt es noch andere Gründe, die den Erben verpflichten. Solche können sowohl auf Gesetz als auch auf Vertrag beruhen. Ein Beispiel für ersteres bietet uns der § 419 BGB., wo jemand sein ganzes Vermögen auf einen anderen überträgt. 11) Ein vertraglicher Verpflichtungsgrund liegt vor, wenn nach § 414 BGB. der Erbe sich mit dem Gläubiger durch Vertrag verpflichtet, die Schulden des Erblassers zu übernehmen. Andererseits kann die Haftungspflicht des Erben auch durch einseitige Willenserklärung des Erblassers begründet sein. So kann z. B. der Erblasser durch Auflage bestimmen, daß der Erbe zur Uebernahme der Geschäftsschulden verpflichtet ist. Obgleich solche Verpflichtungen nicht direkt gegenüber den Gläubigern entstanden sind, werden diese doch daraus berechtigt. Der Erbe muß die Verbindlichkeiten übernehmen oder die ganze Erbschaft ausschlagen. 12)

---

11) Cohn, S. 55; Renkert, S. 50.
12) Düringer-Hachenburg zu § 27 Anm. Vb.

§ 10. Die Haftung der Miterben.

Unsere gesamten Erörterungen bezogen sich immer nur auf einen Erben. Das Gesetz spricht in seinem § 27 HGB. auch nur von einem Erben — „wird ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt" —. Nun kommt es aber öfters vor, daß der Erblasser mehrere Erben hinterläßt. Auch diesem Falle müssen wir unsere Aufmerksamkeit schenken und ihn mit in den Kreis unserer Erörterungen einbeziehen, denn ohne Zweifel kommt auch der § 27 HGB. für diesen Fall zur Anwendung, auch wenn der Gesetzgeber ihn nicht ausdrücklich erwähnt. Dies ist mit Sicherheit zu schließen aus dem § 1922 BGB., der ja für den § 27 HGB. subsidiäre Bedeutung hat; hier heißt es: „Beim Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf einen oder mehrere Personen (Erben) über.

Auf den Anteil eines Miterben finden die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften Anwendung". Die Verhältnisse der Erben untereinander werden in den §§ 2032—2057 BGB. geregelt. So kann der einzelne Erbe nur über seinen Anteil am Nachlasse im Ganzen verfügen, nicht aber über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, 1) er kann deshalb auch keine Verfügung über seinen Anteil am Handelsgeschäfte treffen, es sei denn, daß das Handelsgeschäft den einzigen Inhalt des Nachlasses bildet.

Was die Haftung anbelangt, so ist natürlich Voraussetzung für deren Eintritt das Vorliegen der oben für den Fall der Alleinerbschaft behandelten allgemeinen Voraussetzungen. Es ist auch hier zu unterscheiden, ob die mehreren Erben das Handelsgeschäft des Erblassers fortführen und ferner, ob sie es unter einer neuen Firma fortführen oder die alte behalten.

Im letzteren Falle kommen die Vorschriften über die direkte Haftung nach § 27 (25) HGB. in Frage. Von besonderer Wichtigkeit ist hier der Absatz 2 § 27 HGB.; denn hier kann der Beginn und das Ende der Einstellungsfrist für die einzelnen Miterben ganz verschieden sein. Es ist also möglich, daß der Eintritt der direkten Haftung nach § 27 HGB. für die einzelnen Erben zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfinden kann. Für diesen Fall muß man schon annehmen, daß die Einstellungsfrist für alle erst dann endigt, wenn für den Erben, der zuletzt von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erhielt, die Ueberlegungsfrist endigt. Zu dieser Annahme führt uns folgende Erwägung. Mit Rück-

1) § 2033 BGB.

sicht auf die sich an die Fortführung der Firma knüpfende direkte Haftung muß ein einstimmiger Beschluß aller Miterben für eine Fortführung des Geschäfts und somit auch für die Einstellung des Geschäfts angenommen werden. Wollte man nun die Frist für die einzelnen Erben verschieden eintreten lassen, so würde der Erbe, der erst später vom Erbfall erfahren hat, benachteiligt werden, was dem Zweck der Bestimmung des § 27 Abs. 2 widersprechen würde. 2) Die Ausnahmefälle, 3) in denen der Anfang oder das Ende der Einstellungsfrist hinausgeschoben ist, finden auch bei mehreren Erben Anwendung. Erfolgt die Einstellung des Geschäfts rechtzeitig, so kommt die direkte Haftung nicht zur Entstehung und auf die Haftung der Erben finden die Vorschriften des Erbrechts Anwendung.

Besteht also unter den Erben Einigkeit, so entbehrt die Haftungsfrage jeglicher Schwierigkeit. Kompliziert wird dagegen die Sachlage, wenn unter den Miterben Meinungsverschiedenheiten bestehen. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu. 4) Herrscht über diese eine Meinungsverschiedenheit unter den Erben, so findet der § 745 BGB. Anwendung, 5) der besagt, daß eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung durch Stimmenmehrheit geregelt werden kann, wobei die Stimmenmehrheit nach der Größe der Anteile zu berechnen ist. Daraus geht hervor, daß der einzelne von mehreren Erben die Fortführung des Geschäfts mit Firma für seinen Teil nicht einstellen kann; denn eine solche Einstellung ist ein Akt der Verwaltung des Nachlasses, und diese kann nur durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden. 6) Dem Erben, der die unbeschränkte Haftung nicht auf sich nehmen will, bleibt nur folgende Möglichkeit. Er kann die Erbschaft ausschlagen oder Teilungsklage 7) und Klage auf Anordnung der verlangten Einstellung des Geschäftsbetriebes anstrengen. 8) Daneben käme auch noch eine Veräußerung der Anteile am Nachlaß für den Miterben in Frage, 9) wobei den Miterben ein Verkaufsrecht während zweier Monate zusteht. 10)

Es soll nicht verkannt werden, daß hierin eine Härte des Gesetzes für den betreffenden Erben liegt; denn er wird gerade des Vorteils, den der § 27 Abs. 2 HGB. dem Erben eines Handelsgeschäfts geben will, der darin besteht, daß der Erbe sich durch Fortführung

---

2) Vgl. die Darstellung bei Euringer, S. 58-59.
3) Siehe § 7 dieser Abhandlung.
4) § 2038 GBG.
5) § 2038 Abs. 2 BGB.
6) Vgl. Staub zu § 27 Anm.; Brand, S. 11.
7) § 2042 BGB.
8) R. G. im „Recht" Bd. 14 Nr. 2288.
9) § 2033 BGB.
10) § 2034 BGB.

während der Dreimonatsfrist über die Geschäftslage klar werden und danach seine Verfügungen treffen kann, für verlustig erklärt. 11) Ein anderer Ausweg ist aber nicht möglich.

Dagegen behaupten Pisko 12), Bolte 13) u. a., 14) daß der Beschluß, das Geschäft einzustellen oder es unter der bisherigen Firma fortzuführen, über den durch die bloße ordnungsmäßige Verwaltung gebotenen Rahmen erheblich hinausgehe. Man dürfe deshalb für den Fall der Geschäftseinstellung auf Beschluß der Miterben eine Einstellung nur dann für angängig erachten, wenn man andererseits dem damit nicht einverstandenen Miterben zustehe, daß er durch einfache Anmeldung der Einstellung für seine Person zum Handelsregister die direkte Haftung für sich ausschließen könne. Diese Erklärung des einzelnen Erben zum Handelsregister, daß er aus dem zur Erbschaft gehörigen Handelsgeschäft austrete, ist aber unwirksam, wie aus einer Entscheidung des Kammergerichts hervorgeht. 15)

Wie ist nun die Rechtslage im Falle der Erbteilung? Die Auseinandersetzung folgt nach § 2042 ff. BGB. Können sich die Erben über die Teilung nicht einig werden, so hat sie nach § 753 BGB. zu erfolgen. Nun kann bei der Auseinandersetzung das Geschäft von einem oder auch mehreren Erben fortgeführt werden. Der Erwerb ist ein solcher unter Lebenden und regelt sich nach den Vorschriften des § 25 HGB. 16) Allerdings haben die fortführenden Erben schon mortis causa einen Anteil am Handelsgeschäft erlangt, jedoch war Eigentümerin 17) des Geschäfts bisher die Erbengemeinschaft; diese hat durch Rechtsgeschäft inter vivos das Eigentum daran auf die Fortführenden übertragen. Zur Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma bedürfen sie der Einwilligung der übrigen Erben. 18) Ihre Haftung bestimmt sich nach § 25 Abs. 1 HGB.; daneben haften die anderen Erben kumulativ als „frühere Inhaber". 19)

Führen die Erben das Geschäft unter der erblasserischen Firma nicht fort, so haften sie gemäß § 27 in Verbindung mit § 25 Abs. 3 HGB. nur dann direkt, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund, der für alle

---

11) Vgl. Thiele, S. 57.

12) Pisko in Ehrenberg Handw. Bd. 2, S. 257.

13) Bolte, S. 450.

14) Düringer-Hachenburg zu § 27, Anm. 12; Lehmann-Ring zu § 27 Anm. 4; Riesenfeld, S. 238; Kretzschmar, S. 5; Thiele, S. 57; Weyrauch, S. 376.

15) K. G. in R. J. A. Bd. 13, S. 226; Staub zu § 27 Anm. 27.

16) Vgl. Denkschrift zum HGB. S. 36.

17) Vgl. R. O. H. G. Bd. 11, S. 102; Bd. 23, S. 167; R. G. Bd. 35, S. 17; L. Z. 1912, S. 157; 1922, S. 685; Z. H. K. Bd. 53, S. 188.

18) § 22 HGB.

19) § 419 BGB.

Miterben maßgebend und verbindlich sein muß, insbesondere eine Bekanntmachung der Passivübernahme im Sinne des § 27 Abs. 3 HGB. vorliegt. In den anderen Fällen richtet sich ihre Haftung wie beim Einzelerben nach den Bestimmungen des Erbrechts.

Nun sei noch kurz auf das Verhältnis der Miterben untereinander eingegangen. Es fragt sich, ob in der Fortführung des Geschäfts die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft zu erblicken ist. Handelt es sich um eine vorläufige Fortführung während der Einstellungsfrist, so muß diese Frage auf jeden Fall verneint werden. 20) Etwas anders liegt die Sache für den Fall der Firmenänderung. Staub sah früher 21) hierin immer die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft. Diesen Standpunkt hat er verlassen 22) und sieht es heute als Tatfrage an, ob dabei nur Fortführung des Geschäfts in bloßer Erbengemeinschaft oder die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft in Frage kommt. Die Annahme einer neuen Firma spreche aber sehr für den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages. Hierzu ist zu sagen, daß es sehr auf die konkreten Umstände ankommt. Es kann z. B. sehr gut möglich sein, daß die einstweilige Fortführung des Geschäfts durch die Erben nur ein Akt der Verwaltung des Nachlasses darstellt. 23) Anhaltspunkte für die Annahme einer offenen Handelsgesellschaft bieten uns auch die §§ 105 HGB. und 705 BGB. Diese Bestimmungen besagen, daß zur Bildung einer jeden Gesellschaft, also auch einer offenen Handelsgesellschaft, ein Gesellschaftsvertrag erforderlich ist. Dieser ist an keine Form gebunden, jedoch muß dazu, wie das Reichsgericht sagt, 24) „eine ausdrückliche oder tatsächliche Willenserklärung" der Beteiligten vorliegen. Ob demnach eine solche Willenserklärung in der Fortführung des Geschäfts mit Annahme einer neuen Firma enthalten ist, wird wesentlich quaestio facti sein. 25 Sicher ist dagegen, daß in der Fortführung des Geschäfts mit oder ohne Firma über die Einstellungsfrist hinaus die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft zu erblicken ist. 26)

---

20) Ebenso Lion in L. Z. S. 843.

21) Staub, 6. und 7. Aufl. zu § 27 Anm. 27.

22) Staub, 12. und 13. Aufl. zu § 27 Anm. 27.

23) Vgl. R. O. H. G. Bd. 11, S. 102 Anm. 37; Bd. 23, S. 167 Anm. 57.

24) R. G. Bd. 35, S. 18.

25) Staub, 12. und 13. Aufl. zu § 27 Anm. 27; Goldmann S. 132; Nelson, S. 83; Renkert, S. 83.

26) Lion in L. Z. S. 844.

Lebenslauf.

Am 17. Oktober 1901 wurde ich als Sohn des Hofbesitzers Hermann Böckelmann zu Binnen (Hannover) geboren. Nach Besuch der Volksschule ging ich auf das Gymnasium Carolinum in Osnabrück, das ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im ersten Semester studierte ich in Münster Theologie und ging dann im zweiten Semester zum Studium der Rechtswissenschaften über. Nach dem 6. Semester war ich ein Jahr in der Praxis tätig. Seit Winter-Semester 1928-29 bin ich zur Vollendung meiner Studien in Erlangen.

Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit.

Inhaltsverzeichnis

Seite:

Einleitung

I. Teil.

II. Teil.

III. Teil.